DN.

FRANCISCI DE CALDAS, PEREYRA ET CASTRO,

IVRECONSVLTI LVSITANI, EX EQVESTRI ORDINE, REGII SENATORIS AMPLISSIMI, ET IN ILLVSTRI COLIMBRICENSI ACADEMIA, iussu inuictissimi Philippi III. Hispaniarum Monarchæ, Iuris ciuilis Professoris,

Syntagmatis vniuersi iuris Emphyteutici,

PARS SECVNDA

DE NOMINATIONE EMPHYTEVTICA, EIVSQVE SVCCESSIONE ET PROGRESSV,

Omnibus tam pragmaticis & magistratibus, quam in Academia versantibus vtilissima.

CVM INDICE RERVM AC VERBORVM LOCVPLETISSIMO.



VENVNDATVR

In D. Zachariæ Palthenii, Librarii Francofurtensis Officina.

M. DC. XII.

Cum Priuilegiis S. Cæs. Majestat. & Regis Hispaniarum, & Facultate supremi Consilii & generalis Inquisitionis.

ILLVSTRI ADMODVM VIRO, ET SACRI PALATII SENATORI AMPLISSIMO, DOCTORI D. PETRO BARBOSÆ, CATHOLICÆ CÆSAREæ Maiestatis consiliario dignissimo, Franciscus de Caldas Pereira Iureconsultus Lusitanus, ac Senator Regius, Salutem D.

SÆPENVMERO mecum cogitanti, vir amplissime, cuinã nostros hos Commentarios de Nominatione emphyteutica, in publicũ, imo in scenam & theatrum doctorum hominum prodeuntes consecrarem, tu solus, ante omnes alios occurristi, qui dignus eorum patrocinio videreris. Opus n. hoc (vt inquit Horatius) periculosę plenum est aleæ, & vt facile prospicio, multorum obtrectationi expositum, aduersus liuidos, maligne pleraq; interpretantes luculẽtissimo indiget defensore. Illud tamen apud posteritatem non ingratum futurum arbitror, vbi iam quiescente inuidia, & liuore syncerius multo vētura, quam præsens ætas iudicabit. Me autem ad scribendum, non vna priuatim ratio, sed multiplex cõmouit, ac hortata est, tum publicæ vtilitatis studiũ, tum ẽt materiæ ipsius suauis, & iucunda inuestigatio, & assidua in foro pertractatio, quæ quam frequens, & necessaria in nostra Republica sit, testatur difficiles, & inextricabiles in iudiciis controuersiæ, & lites, quib. passim fora circumstrepunt. Nec absq; exemplo fecimus. Et n. si auctores externos, qui suorũ Regnorũ, Prouinciarumq; consuetudines, elegantissimis Cõmentariis illustrarunt, memoria repetamus, reperiemus sane plerosq; in id studiũ, omnem suam diligentiam & industriam cõtulisse, idq; pręsertim elaborasse, vt sua peculiaria statuta ad iuris gnomonẽ exacte discussa accõmodantes, feliciter explicarent. Huius nomenclaturæ γλωσσογράφοι fuerunt Tiraquell. Carol. Pyrrhus, Rebuff. Boer. Sainson, Soccarrates, Mingon, Afflict. Foller. & ex nostris Gomez. Arias, Palat. Castell. Burgens. Cyfuentes, Tellus, Montaluus, Greg. Lopez, qui suorum Regnorum consuetudines, luculentissimis Cõmentariis exornarunt: quorum sane fructuosa opera, & diligentia effectũ est, vt q, antea in tribunalib. satis controuersum erat, & quasi incertis, variisq; suffragiis, & sitiis agitabatur, postea depulsa caligine, ex scribentiũ assertione, & interpretatione prudentium, quasi in vnã consonantiam opinionũ diuersitas, forensi praxi, & cõi rerum vsu, & experientia roborata coaluerit: vt quo iure sua quæq; regio vti deberet, apud omnes iam deinceps, citra controuersiam receptum liquido constaret. Apud nos vsq; huc sũma fuit scriptorum penuria, nec qui ad Regiarum ordinationum interpretationem animũ appelleret, inuentus est. Non quod deessent in omni æuo, & ætate viri literis & eruditione pstantissimi, sed quod propter huius rei insolẽtiam, magis in tenebris delitescere, quam posteritatis subire censurã maluerũt. In librum quintum Ordinationum, criminalis fori, & iudicialis aulę quandam veluti Isagogen eleganti stylo, & multis rhetorum flosculis adspersam, dextro omine auspicatus doctiss. & excellentiss. IC. Anton. Correa a Saa Senator Regius, postquam prælo iam suas vigilias cõmiserat, paulo post opere incoato, & paucis paginis absolutis, non sine maxima Iurisprudentiæ iactura, diem clausit extremũ. Viri illius nullum opus pfectum exstat, præter fragmenta quædam, eximium futuri operis argumentũ. Reliquorum auctorum ex nostris, quorum monumenta passim circumferuntur, nullus ex professo emphyteuticæ nominationis, cuius tam frequens in foro disputatio est, materiam pertractauit. Quamobrem, cum id studium magnæ vtilitatis Reipublicæ Lusitaniæ futurum existimarẽ, multo ardentius in eo elaborandum operæpretium fore duxi: cumq; horum Cõmentariorum, quos tuo auspicio incoauimus, editionẽ admolirer, eos illustri ac sublimi nomini tuo dicare cõstitui. Etenim semper is fuit mos inueteratus scriptorũ, lucubrationes suas in publicũ edere gestiẽtium, vt eas plerumq; magn ;ti, aut excellẽtis nominis viro cõsecrarent, cuius vmbra, & patrocinio ab inuidorum calumniis defenderentur. Tanta vero est tuarum virtutum, meritorumq; tuorũ admiratio, tam ingens, tamq; diffusa vbiq; tuæ opinionis existimatio, & auctoritas, tam exacta, tamq; omnib. numeris absoluta vtriusq; iuris peritia, vt huiusmodi literaria officia a nobis quasi suo iure exposcere videantur. Nõ hic vulgare illud encomiasticon dicẽdi genus exordiar, nec eximiarum laudum tuarum, in animo est longã panegyrin contexere, quoniã ea est illarũ maiestas, vt omnis eloquentiæ vis, & dicendi facultas, illarum magnitudine obmutescat, & ad illarum splendorem, veluti Luna ad Solis fulgorem clãgueat. Ad hæc sublimes animi tui dotes, & suprema dignitas tua, & excelsior supra ceteros homines honoris gradus eiusmodi est, vt laudari vix æquo animo sustineat, quod singularis humanitas tua vereatur, ne cui veniat in suspicionem φιλοκολακίας: nec rursus cõditio, fortuna, aut professio mea ea est, vt patiatur me tam vili orationis genere defungi. Non hic recẽsebo, quanta prudentia, quanto consilio, quanta grauitate superstite Sebastiano Rege, atq; Enrico, in rebus arduis, & difficillimis nostrę Reipublicę temporibus, tam in publicis, quam in priuatis actionib. te semper gesseris, quan-

topere tui grauissimi consilii, sapientiæq; p̄sidio labente Lusitanici Regni statum fulseris: adeo vt vterq; citra tui consilii sitiam, quod ad Regni statum, & Reipublicæ tranquillitatem spectaret, nihil gereret, aut administraret, vt a te veluti ex Apollinis oraculo responsa peterent. Omitto, ac silentio prætereo a te restitutam, & ad pristinum nitorem restauratā florentissimam Conimbricensem Academiam, in quam exstinctis clarissimis viris, quorum doctrina, & eruditione primum fuerat erecta, & illustrata, sopitā Iurisprudentiæ, eiusdēq; philosophiæ disciplinā, toto fere orbe Lusitano fugientem, felicib. auspiciis reuocasti, aut reduxisti. Omitto etiam a te reformatam literis, ac salutaribus præceptis, & optima viuendi ratione institutam nobilissimam iuuentutem, vt breui ex tuo primario gymnasio multo plures insignes viri, quam ex equo illo Troiano prodierint. Omitto, ac cōticesco alia inclyti generis tui decora, & sanguinis claritatem gentilitiis stēmatis, maiorumq; imaginib. illustrē. Deniq; non recensebo, quantum oēs passim admirentur naturam, tres diuersas humanarum rerum dominas, raro tñ simul repertas, Fortunam, sc. Sapiētiam, & Virtutem, in te vno, veluti fatali quadam felicitate, æqualiter copulasse, vt fortuna, & literis, & virtute ceteros homines lōge antecellas. Iam vero pacatis reb. Lusitaniç, cum Catholicus, & inuictiss. Rex noster Philip. de reformandis Legibus, & institutis nostræ gentis, de salutarib. institutis promulgandis, de Republica instauranda, de comitiis celebrandis cogitaret, & cōsilia iniret, tu euersam, sublatamq; iustitiam reduxisti, apud eumq; tñ honoris, & gratiæ, sola virtutis commendatione, eruditione, sapientia, humanitate, moribusq; incorruptissimis, & vitæ integritate consecutus es, vt semper in his te adhibuerit, vt optimum virum, & amicum consiliarium. Cum vero Catholica Maiestas, suorū Regnorum crebris legationib. interpellata, remigraret in Regnum Castellæ, te ac virum illustrem, & aulæ regiæ generosum, ac Iurisprudentissimum Rodericum de Matos, & vtrunq; ex multis millib. electos, veluti fidelissimos itineris socios, & pro Lusitanici Regni incolumitate, tanquā sequestræ pacis nobiscum ꝑpetuo fœdere stabilitæ obsides secū abduxit, quo efficaciori suæ in nos amicitiæ symbolo, arctioriq; beneficio vniuersam suam Lusitaniam deuinciret: tuq; in Regno Castellæ, veluti Lusitani decoris, & gloriæ assertor, Cæsareæ in nos munificentiæ, tanq̄ elargitor, & interpres, supremo in loco, excelsioreq; supra ceteros homines humanæ dignitatis fastigio sedens, iustitię clauum moderareris: & Lusitanis tuis iura redderes, & deniq; pro tuorum ciuium salute vitaq;, & fortunis Catholicæ Cæsareæ clementiæ, propitius arbiter, & tutelaris intercessor existeres. Deniq; silentio prætermittam, quantū te vniuersa Lusitania diligat, quanto rursus dolore te patria abeuntem dimiserit, quanta sollicitudine ꝓsecuta fuerit absentē, quam anxiis votis desideret morantem, & quanto cum animi gaudio reducem, & incolumē exspectet, tam egregiis animi, quam fortunæ dotib. cumulatiorem, ornatiorē, feliciorem. Quid referam funestas, & lugubres hui⁹ inclytæ ciuitatis Vlyssipponensis voces, tui desiderio contabescentis? quid omnium ordinum, & conditionis hominum, inuitis genis lacrymas palam erumpentes, ac parum bene dissimulata suspiria, cum sub oculis nostris ꝓfectionem adornares? Premebant ingentem animi molestiam, grauemq; pectoris sollicitudinem, quantum poterant, frontis serenitate tegebant, ne auspicatissimū iter tuum toti patriæ salutare vel ut omine tristiore funestaret. Ah, quantus vbiq; amicorum tuorum gemitus! quantus literatorum, quantus vbiq; Senatorum mœror! quanta nobilium ægrimonia! Quis optimatum luctus! quæ communis populi ita ingemiscentis tristitia! Abiit insignis, & rarus ille D. Petrus Barbosa, vnicum Lusitaniæ decus, & ornamentum! Nobis ex oculis lumen illud Iurisprudentiæ ereptum est, excessit illud singulare probitatis, & virtutis exemplar. Studiosorum ille Mecœnas optimus, & literatorum pater, & antistes præclarissimus. Reliquit nos ille vir eximius, qui stateram iustitiæ æquo libramine appendebat. Deseruit patriam, qui nostras calamitates solabatur, qui vnicuiq;, quod suum est, tribuebat. Quamobrem cum tantum tibi hæc patria, ac vniuersa Lusitania debeat, egoq; tecum iam plurib. annis, veluti obsignatis syngraphis amicitiam pepigerim, pluribusq; iam a te beneficiis fuerim satis abunde cumulatus, nec tam arcta necessitudo, quantam tu mihi tecum esse voluisti, desiderare videatur, gratiarum actionem, vt aliqua ex parte meum in te testari animum significare voluntatem commode valeam, nostros hos Commentarios, veluti literarium munus non ingratum, tibi offerrimus, non auro, gemmisq; pretiosum, sed quale summo sapientiæ antistiti, & Iuris vtriusque coryphæo, offerri, aut dicari consueuit, hoc nomine multo pluris æstimandum, quanto sapientia, auro, gemmisque pretiosior est. Quod si studiis nostris, otium, tranquillitasque parta fuerit, speramus, vt alia tibi longe digniora, atque præstantiora consecremus. Vale Vlyssippone, Kalendis Maii.

M. D. LXXXV.

COM-

SECVNDA PARS.

COMMENTARIVS ANALYTICVS, ET SYNTAGMA DE NOMINATIONE EMPHYTEVTICA, EIVSQVE successione, & progressu, tam pragmaticis & Magistratibus, quam in Academia versantibus, vtilissimus.

Auctore Francisco de Caldas, Pereira, & Castro, viro Patricio, ac Iureconsulto Lusitano.

ARGVMENTVM.

Nominare quid sit, & quibus verbis nominatio seu electio emphyteutica iudicatur.

SVMMARIA.

1 *Nominare, & nominatio quid sit.*

2 *Emphyteuta nominare compelli potest.*

3 *Nominatus in re emphyteutica habet ius instantiæ, & adhærere potest processui per nominatum contra aliquem pro aliqua re ipsius emphyteusis conuentum.*

Nominatus in re emphyteutica dicitur successor particularis necessarius.

4 *Is qui debet eligere, seu successorē nominare, cum morietur, vel post mortem præcise nō compellitur eligere.*

Conditionem adimplere nemo compellitur.

5 *Interpretata l. Vnum ex familia, in princ. ff. de leg. 2.*

Necessitas alia est causatiua, alia præcisa.

6 *Emphyteuta non compellitur nominare.*

7 *Patronus Ecclesiæ compelli nō potest præsentare quempiam de agnatione ad Ecclesiam vacantem, quamuis ex institutione primi acquirentis statutum sit, quod eligatur, & præsentetur vnus de sanguine suo.*

8 *Legatarius dicitur nominatus.*

Donatarius dicitur nominatus.

9 *Quæcunque verba sufficiunt, dummodo constet, quod voluit nominare.*

Volo nominare, inducit nominationem, si concurrat aliqua coniectura.

10 *Hæres institutus ille dicitur, quem defunctus, dixit velle se hæredem facere.*

11 *Vbi fuerunt conuocati amici verbum, volo nominare, inducit dispositionem, vel vbi aliqua alia concurrit coniectura.*

12 *Dicens se velle legare, donare, aut nominare, nisi aliqua concurrat coniectura, quod statim, & de præsenti voluit disponere, magis videtur significare primum sui animi, & voluntatis motum ad legandū, seu nominandum, quam determinatam voluntatē.*

13 *Verba, volo te esse nominatum seu electum, inducunt dispositionem.*

14 *Nolo adire, an inducat repudiationem.*

15 *Verbum, nolo adire, per se solum dispositionem inducit.*

16 *Interpretata l. Filii 6. ff. ad Tertullian.*

Nolo adire respicit modum succedendi de iure ciuili.

17 *Per illa verba, nolo adire, adeo inducitur hæreditatis repudiatio, vt statim sequenti in gradu fiat locus, adire hæreditatem volenti.*

18 *Filio repudianti maternam hæreditatem, regressus denegatur.*

19 *Repudiatio hæreditatis, & bonorum possessionis, diuersa sunt.*

20 *Nolle adire hæreditatem, & nolle hæredem esse, non differunt, quoniam vtrumque se restringere videtur ad dispositionem iuris ciuilis.*

21 *Nutu facta nominatio, valet.*

Interpret. l Nutu, de leg. 3. num. 21. & 22.

22 *Mutus a natura, nō habet testamenti factionem actiuam, nec codicillos facere, neq; legare, nec fideicommissa relinquere potest. Secus si morbo impediatur.*

23 *Mutus impeditus loqui, vt spes adhuc sit futuræ salutis, nutu legare potest, & ad emphyteusim nominare. Secus est, si ei sit sublata loquela, & nulla recuperandæ salutis spes sit.*

24 *Corruit legatum, seu nominatio, quando qui nutu legauit, ex ea infirmitate decessit.*

Lex Nutu solum procedit, quando impedimentum linguæ fuit tēporale, nec ex ea infirmitate ille decessit.

25 *Reiecta Saliceti traditio in l. & in epistola, C. de fideicommissis.*

26 *Laborans in extremis non valens articulate loqui præsumitur, sensu carere.*

27 *Interpretata l. Alumnæ 30. §. fin. de adimend. leg.*

In extremis agit, quicunque infirmus, simul ac morbo compressus est, & si longo ex internallo moriatur.

28 *Interpretata lex Iubemus, C. de testam.*

Infirmus propter morbum loquela omnino priuatus, testari desiderans, quoad testamenti factionem mortuo similis est.

Incapax testamenti faciendi est, qui morbi acerbitate prorsus loquelam amisit, & si consensum & intellectum retineat, qui ad hæredis institutionem, non sufficit, quia illius nomen testator verbis, aut scripto proprio manifestare debet testibus.

29 *In legatis sola voluntas sufficit, & in nominatione emphyteutica.*

30 *Mutus a natura non testatur, obligatur tamē consensu quē habet. Interpr. Ord. Regia lib. 1 tit. 67. §. 20.*

Mutus potest celebrare contractus, qui consensu contrahuntur, & matrimonium contrahere.
31 *Non tam exactus exigitur consensus, & perfectus in matrimonio a muto contracto, quā a quolibet alio.*
32 *Mutus donare non potest.*
Muto curator necessario dandus est, qui donationem a muto factam auctorare non potest.
33 *Verba enunciatiua, an inducant nominationem emphyteuticam.*
Verba enunciatiua in contractibus non disponunt. Et Interpret. l. Publia. §. fin. ff. depositi.
34 *Verba enunciatiua non constituunt debitorē in mora.*
35 *In contractibus seu actibus inter viuos, verba enunciatiua carent effectu disponendi. Interpret. l. generali. 35. ff. de vsufr. leg. n. 35. & n. 36.*
36 *Verba enunciatiua in vltimis voluntatibus inducunt dispositionem*
37 *Verba directa ad honoratum per verbum temporis futuri, non inducunt dispositionem.*
38 *Fauore libertatis, verba enunciatiua, inducunt dispositionem.*
39 *Verba consilii necessitatem non inducunt.*
40 *Interpretata, l. si quis mihi bona, versi. si pater, ff. de acquir. hered.*
41 *Verba enunciatiua etiam in vltimis voluntatibus non disponunt, si incidenter propter aliud fundantur.*
42 *Verba enunciatiua, quæ sint?*
Propter se, & propter aliud, quando dicantur emissa verba enunciatiua.
43 *Verba enunciatiua propter se emissa disponunt.*
44 *Verba enunciatiua inducunt nominationem emphyteuticam, si sunt temporis præteriti. Interpret. l. ex hac Scriptura, 16. ff. de donat.*
45 *Verba enunciatiua reuocant reuocabilia.*
Nominatio emphyteutica a patre semel in filii fauorem facta, reuocabiliter tamen, reuocata sine dubio censetur, si ita pater caueat ad emphyteusim, quam habeo ex filiis meis, nullum nominaui vnquam.
46 *Verba enunciatiua probant, licet non disponant.*
47 *Interpret. tex. in l. Titia, 35. ff. de leg. 2. n. 47. & 48.*
48 *Verba enunciatiua temporis futuri non inducunt dispositionem. Interpretata l. vnum ex familia 69. §. fin ff. de leg. 2. num. 48. & num. 50.*
49 *Verba temporis futuri, directa ad grauatum, inducunt dispositionem & fideicommissum, non vero si dirigantur ad fideicommissarium, & 50.*
51 *Interpretata l. Pamphilo. 37. in prin. ff. de legat. 3. nu. 51. & num. 52.*
53 *Interpret. l. fideicommissa. 11. §. hæc verba, ff. de leg. 3.*
Fauor filiorum, & spes paterni amoris, & affectionis, contra verborum rigorem fideicommissum inducit.
54 *Verba enunciatiua temporis futuri directa ad heredem, seu grauatum dispositionem & fideicommissum, in dubio inducunt ex tacita, & verosimili defuncti voluntate, qui aliter tacuisset, nisi grauare heredem voluisset.*
Interpret. l. etiam 118. ff. de legat. 1.
55 *Intellige, vbi verba enunciatiua sunt simpliciter emissa, non sic, vbi verba per viam exhortationis & consilii prolata fuerunt, quia tunc dispositionem non inducunt.*
56 *Sublimita nisi concurrat filiorum fauor, & defuncti deceptio, quoniam tunc verba consilii, & exhortatoria, disponunt.*
Interpret. tex. in l pater. 36. §. pen. de leg. 3. n. 56. & 57.
58 *Interp l. Cum pater. 79. §. mando, ff. de lega. 2.*
59 *Reiectus sensus Socin. ad l pater 36. § fundū ff. de leg. 3.*
60 *Verba enunciatiua prolata per tempus præteritum, dispositionem inducunt.*
Per verba enunciatiua non inducitur heredis institutio licet emissa sint per tempus præteritum.
61 *Verba temporis præteriti enunciatiua non inducunt dispositionem.*
62 *Per verba enunciatiuā inducitur exheredatio.*
63 *Interpretat. l. Ex facto. 19. ff. de hered inst. n. 63. & 64.*
65 *Emendatur litera l. Ex facto. 19. ff. de hered. instit.*
66 *Interpretata l. fin. C. de hered instit.*
67 *Enunciatiua verba propter aliud prolata, dispositionē nō inducunt. Itē verba conditionalia nō disponunt.*
68 *Verba enunciatiua propter se prolata per verbū temporis futuri disponunt.*
69 *Verba enunciatiua per tempus præteritum non disponunt, quando alio tendunt, scil. ad diminutionem.*
70 *Interpretata lex Titia 35. ff. de leg. 2.*
71 *Verba enunciat. cum grauamine disponunt. [dispo]sitione.*
Grauatus positus in conditione, dicitur positus in dispo-
72 *Interpretata lex Proculus, 23. ff. de vsufruct. & quemadmodum quis vtatur.*
73 *Si de re enunciata apparet verba enunciat. nihil operantur. Interpr. l. Titia cum testamento 34. §. Caius, ff de leg. 2.*
74 *Verba enūciatiua sunt accipiēda in sua propria significatione, & secundum eam debet censeri nunciatū.*
75 *Omnia, quæ vxor habet, præsumuntur parta ex bonis mariti.*
76 *Verba enunciatiua geminata disponunt.*
77 *Emissa per modum causæ disponunt.*
78 *Enunciatiua per modum seu viam rationis disponunt.*
79 *Verba enunciatiua explicant voluntatem, & hereditatis repudiationem inducunt.*
80 *Verba enunciatiua per modum confess. disponunt.*
81 *Verba enunciatiua, ea quæ necessaria sunt ad actum, de quo agitur, disponunt.*
82 *Verba enunciatiua disponunt, quando enunciatum pendet a voluntate enunciantis.*

QVÆSTIO I.

Extat apud nos ordinatio Regia, *lib. 4 tit. 62.* quæ de his nominationibus emphyteuticis speciatim loquitur, vt constat ex rubrica eiusdem, ibi: *Do que filhou algun foro pera si, & certas pessoas, & nāo nomeou alguem a elle, antes de sua morte. i. e. De eo, qui accepit emphyteusim sibi, & certis personis, neque ad eam, aliquem nominauit, antequam moreretur.* Pro cuius interpretatione imprimis aduerto, verbum hoc *nominare* varie accipi. Nominare autorem quis dicitur, cum a quo habet rem, designat, & idem est, quod laudare autorem, *l. 2 C. vbi in rem acti.* de quo Ordi. Reg. *lib 3. tit. 30. & c. fi. §. in aliis, vt lite non cont.* Vbi late Socin. tradit. Rebuff. *3. tomo ad leg Gall. tit. de dilat. art. 2.* Itē nominare est nuncupare, *l. singuli C. de offic. diuers. iudi.* ibi: *nec in proscriptionib. suis fratres audeant nominari,* & quodammodo eligere, *l. 2. ff. de fideiusso. & nomi. tor.* & probat Imperator, *in l. 1. C. de temp. appellat.* ibi: *Si quis per absentiam nominatus, vel ad munus aliquod vocatus,* & ad fin. ibi: *Non præsenti, qui factam nominationem cognouerit.* Et probatur in l. 4. Si ad scribatum, C. de appellat. ibi, *nominatus non prouocasti,* & in l. 1. C. de Magistr. municipalib. ibi: *Decuriones ad magistratum, vel exactionem annonarum, ante tres menses, vel amplius nominari debent.* & in l. Hi qui 7. eod. tit. ibi: *Consensu suo nominationem confirmāt.* Probat etiam tex. in *d. l. nominationes 27. eod. tit.*

Vnde

Vnde si aliquis nominat, & nuncupat quenquam ad aliquod officium, ipse in subsidium tenetur, & nominator vocatur, *l. 1. ff. de magistr. conueni. l. 1. §. solent, ff. quando appella. sit, & l. 2. & l. nominationem, C. de decurio. lib. 10. & in rubr. C. de potiorib. ad munera nominandis, eod. lib. 10. & in rub. C. de peric. nom.* Vbi dicuntur nominatores, qui quum Duumuiri essent successores sibi designabant, quorum fidem reipubl. suo periculo præstabant. Probat etiam text. *in l. 2. Quo quisque ordine conueniat. lib. 10. tradit Rebuffus in l. Nominis, 6. ff. de verbor. signific. & Othomanus de verbis iuris, verbo, nominatores,* quos etiam Iureconf. affirmatores appellare videtur, *in l. 4. ad fin. ff. de fideiuss. & nom. tuto.* ibi: *Qui cum idoneos esse tutores affirmauerint, fideiussorum vicem sustinent.* Et ita interpretatur Othom. *vbi supr.* Qua ratione merito Bald. *in rubr. de elect. in fi.* resoluit, nominationem esse electionē per tex. *in l. Nominationum forma, C. de decurio. lib. 10. & c. in electionib. de elect. in 6. tradit Panor. in cap. Quod sicut eod. tit. Syluanus consil. 34. ante nu. 4.* Quod certe verum esse palam est, quando subiecta materia id permittit. Aliter, verbum *Nominare* multipliciter capitur, vt vtiliter tradit Rebuff. *in tract. no. in prin. q. 1.* Vltra quem nominari quoq; in criminibus, & nominati dicebantur, non quorum nomen delatum est, quiq; rei facti sunt, sed ii, quorum nomen ab altero reo appellatum est, & declaratū, sic I. C. *in l. libertus 17. §. 10. ff. ad municip.* ibi: *In quæstionib. nominatos, capitalium criminū ad nouos honores ante causam finitā admitti non oportet,* tex. etiam *in l. 2. ff. de bon. eorum, qui ante sententiam.* vbi I. C. *Eos* (inquit) *qui in latronib. nominati, corruptis accusatorib. diem suum obierint, vt confessos de crimine nō relinquere defensionem hæredib. rationis est.* & Suet. Tranq. in Calig. *Quæstorē suū in coniuratione nominatum flagellauit, veste detracta,* i. e. *ab vno ex coniuratis indicatū.* In quem sensum M. T. Cic. vsurpasse videtur pro Cælio. *Multi* (inquit) *a me summi atq; ornatissimi viri prædicarentur: quorū partim nimia libertas in adolescētia, partim profusa luxuries, magnitudo æris alieni sumtus, libidines nominarentur,* vt explicat Budæus. Facere etiam nominationē, qua frequentius in hoc regno vtimur, apud probatos auctores reperitur, vt in Bruto ad Cic. *Is Pansa* (inquit) *locum petere constituit, eam nominationem a te petimus: neq; coniunctiori dare beneficium, quam nos tibi sumus, nec digniorem nominare potes, quam Bibulū.* quod ita explicat Budæus. Et facere nominationem, dixit Liu. lib. 6. Belli Punici *sacerdotes* (inquit) *publici aliquot eo anno mortui sunt, nouiq; suffecti, &c. Titus Octacilius Crassus Pontifex, quia exacto anno mortuus erat, ideo nominatio in locum eius non est facta.* Alludit tamē ea locutio ad solemnem nominationis diem, pro quo antiqui anni principium intelligebant, *auctore Tacito,* quo sacerdotes solebant nominare, quos dignissimos suo sacerdotio iudicabant. Quod sane si ad hanc nostri seculi seriem redigamus, primum anni diem, quo Decuriones ac Magistratus ordinarii ciuitatum, & alii vrbani ædiles, per suffragia & nominationes creari solent *Nominationis* diem, non ineleganter appellabimus.

2 Primo † infertur, compelli emphyteutam, nominare secundam vel tertiam personā rectè posse nam qui debet ex defuncti præcepto vnum de familia eligere, adstringi potest, vt eligat, vt I. C. placuit *in l. vnum ex familia. 69. in princ. ff. de leg. 2.* vbi grauatus quis fuit, cum moreretur, rem vni de familia relinquere, & eum teneri eligere, cui relinquat I. C. probat, ibi, *vnū ex familia propter fideicommissum a se relictum, cum moreretur, hæres eligere debet, & ei quē elegerit, &c.* Perpendēdum est, quod ibi fuit hæres grauatus, cum moreretur restituere, quemadmodum in casu nostro emphyteuta post mortem nominare. Et respondet I. C. quod eligere debet cui relinquat. Verbum. n. *debet,* sua natura necessitatē importat, vt habetur *in ca. oblata, 57. versi. superior, de appell. glo in Clem. attendentes verbo debeant, de statu mona. Ias. alios citans, in §. curare, de actio. nota. 1. & in l. 1. n. 3. ff. de iurisd. omn. iud. Tiraq. de retr. §. 1. gl. 15. gl. l. Sæpe ff. de offic. Præsid. & in l. 1. C. quomodo & quando iudex. Rursus & in l. Gallus in prin. ff. de lib. & posth.* Nam quemadmodum simpliciter grauatus statim tenetur eligere, cui restituat, vt docet I. C. *in l. Cum quidam 24. ff. de leg. 2. versi. videtur, ibi: ex liberis, cui volueris, nisi offerat hæres, cui velit, & statim offerat sine aliquo interuallo,* & ibi notans Dd. & Paris. *lib. 3. consi. 23. nu. 2. cum seq.* Ita etiam post mortē grauatus restituere debet adstringi, vt eligat, & nominet officio saltem iudicis in extremis agens, quæ fuit sententia Bal. *d. l. Vnum ex familia, in prin. post Dinū & Alb. ibid. in prin. & Imol.* Quorum sententiam probat ibid. Peralta. *n. 11. cum seq. & §. 1. n. 1.* citans in arg. tex. *in l. Qui duos 18.* iuncta gl. *§. 1. ff. de manu. testa.* vbi illa conditio, *cum moriar, liber esto,* ita benigne interpretatur, vt post mortem data libertas videatur, quod & si Socin. *in l. Sed & in illo, §. fin. de reb. dub. in prin.* intelligat, fauore libertatis obtinere, quod etiā placuit Alcia. *lib. 3. parado. c. 18. in prin.* Verius tamen est in omni dispositione obseruandum fore per *l. 1. §. si ab ipso ff. de coll. bon.* vbi sic Vlpian. alloquitur: *Si ab ipso patre hærede instituto, filio eius fideicommissum, fuerit relictū, cum moretur, an id conferendum est, quoniam vtile est hoc fideicommissum? Et eueniet, vt pro eo habeatur, atq; si post mortem patris relictum fuisset, nec cogeretur hoc conferre, quia moriente eo eius nō fuisset.* Notabilia sunt hæc verba, quib. docemur generaliter in quacunq; dispositione, etiam non pia relictū, eum hæres, aut quisquā alius morietur, ita intelligendum esse, vt illud post mortē grauati debeatur, nec vllo viuo acquiratur, & consequenter conferre filium non teneri, quia viuo patre non acquisiuit: *vt ibi habetur.* Qua ratione sedulo cauendum esse opinor a Soci. & Alcia. in dictis locis restringentib. text. *in d. §. si ab ipso,* ad causam libertatis, aut similem. Secundum quem sensum illum etiam tex. obseruauit Peral. *in d. l. Vnum ex familia, in prin. num. 12.*

Ex quo † eleganter & nouiter insignis Gonsallus Valasc. Primar. olim Conimbricensis in priuatis scriptis, *l. Vnum ex familia, §. si de lege Falcidia, ff. de leg. 2.* dicebat, nominatum in re emphyteutica, habere ius instantiæ, & adhærere posse processui cœpto per nominantem contra aliquem, pro aliqua re ipsius emphyteusis, conuentum. Idemq; obseruauit *in l. 1. versi. ex quo nouiter, ff. ad Senatusconsul. Trebellia.* Nitebatur vir ille singularis, ea ratione, quia talis nominatus in re emphyteutica, dicitur successor particularis, necessarius, *per d. §. si de leg. falcid.* ibi: *Facultas enim necessariæ electionis,* vbi dicitur necessaria electio ex parte actus eligendi, siue nominandi, *vt ibi declarāt Paul. Castr. & Imol.* Si ergo actus eligendi, siue nominādi (quod idem est, *vt placuit Bart. in q. Testator filium adultū*) est actus necessarius: Ergo nominatus, siue electus dicitur particularis 3

successor necessarius. Qua ratione inferebat ipse, processum cœptum per nominantē, super aliqua re emphyteutis in nominatum transire, ideoque posse absq; nouo processu, & absq; laborib. & expensis processum per nominantem incoatū, qualiscunque causæ status esset, prosequi.

4 Quibus † tamen non obstantib. oppositum verius est, imo quod is, qui debet eligere, seu successorem nominare, cum morietur, vel post mortem præcise non compellitur eligere quenquā, vt plane I.C. docet *in d.l. vnum ex familia, §. rogo, ff. de lega. 2.* cuius hæc sunt verba: *Rogo fundum, cum morieris restituas ex liberis vni, cui voles, quod ad verba attinet, ipsius erit electio, nec petere quisquam poterit, quamdiu præferri potest alius, defuncto eo, prius quam eligat, petent omnes.* Ecce qualiter I.C. negat, quempiam de liberis petere posse, quamdiu grauatus viuit, quia, inquit, interim eligendo, poterit alium præferre, vbi autē viuens neglexerit eligere, omnes inquit I.C. liberi petere possunt: quia non magis hic quam ille nominatus est. Concordat tex. *in d.l. Cum quidam 24. eod tit.* ibi: *Idem ait, si neminem elegerit, omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri.* Quod & meo quidē iudicio probat Marcell. *in l. Si quis Titio. 17. §. 1. eod. tit. de leg. 2.* vbi similiter hæres fuit grauatus decem vni ex liberis dare, & cum nulli dederit, respondet Marcell. omnib. eadem decem præstāda esse. Fuit n. ibi tacite hæredi eligendi, cui daret potestas data, *vt adnotauit Socin. in l. Quidam relegatus, ff. de rebus dub. n. 12.* rectius quidem quam Bart. & Paulus, qui intellexere, expresse ibi, fuisse datam electionem hæredi, quod absq; suppletione admitti minime potest. Constat igitur ex prædictis iuribus compelli grauatum, vt eligat præcise, minime posse, nam cum electio sit ad tempus mortis ex concedentis voluntate, collata: nulla iuris ratio postulat posse prius compelli, vt eligat, *vt in d. l. Vnum ex familia,* Dd. communiter resoluunt, *teste Parisio lib. 3. cons. 23 n. 17.* glo. & Dd. *in l. Post mortem, C de fideicommissis,* maxime Ias. & Corn. *col. 1.* resoluentes grauatum, post mortem restituere, cogi non posse in vita eligere & restituere. Collatum n. in diem certum, aut incertum exequi ante illius aduentū non debet, nec potest *l. Eum qui Kalendis, § 1. & § quoties, ff. de verbor. oblig.* habetur *in l. Cedere diem, ff. de verbor. signifi.* secundum quod procedit. quod I.C. ait *in l. Filiusfamilias 114. § Diui. in 1. ff. de leg. 1.* *Eum, qui rogatus est sub conditione fratris sui filiis restituere ante diem fideicommissi cedentem, nec quidem ex voluntate eorū posse restituere hu in potestate patris agētib.* Quo circa compelli grauatum, vt eligat, iuri consentaneum non est, si maxime consideras, quod in hoc fideicommisso, quo quis grauatur vni de familia restituere, dicuntur omnes de familia vocati sub conditione tacita, si nullus eligatur, *d. l. vnum ex familia, §. 1. in fi. ff. de leg. 2.* ibi: *Nam postquam paritum est voluntati, ceteri conditione deficiuntur.* scil. per electionem vnius, quem hæres iuxta formam præcepti eligit. Cuius conditionis implementum cum pendeat a grauati voluntate, vtique compelli nequit, vt illam adimpleat, & vnum eligat, qui similiter sub ea tacita conditione dicitur vocatus, si eligatur, quam conditionem adimplere, ille non compellitur, secundum quod habetur, *in l. Cum ab eo, 41. ff. de contrah. emt. Bart. in l. Mutiana, ff. de cond. & demonstr. post prin. Alex. in l. 1. n. 9. C de instit. & substit.* & facit in simili, q tradit Pinel. *l. 1. C. de bonis mater. 3. p. num. 78.* negās, pinde filio, viuo patre ius petēdi maioratū.

Quam † opinionem, si teneas, dic non obstare text. *in d. l. Vnum ex familia in princ.* quatenus vtitur verbo *debet*, quod secundum veram & genuinam significationem, necessitatem importat. Tum etiam, quia procedit & loquitur in necessitate causatiua, non præcisa, *vt post Bart. & alios ibi adnotauit Hispa. Menes. nu. 8.* Et est communis sensus, licet repugnet ibi Peralta. *n. 11. cum seq.* Scimus. n. duplicē, in iure nostro considerari necessitatem, quatū altera præcisa est, altera vero causatiua: primā vitare nemo potest, secundam vero sic, si malit aliquid contingere, vt Dd. supra citati explicant, & Peralta *in d. l. Vnū ex familia, §. 1. in prin.* Quocirca (inquiunt auctores nostri) in hac, quā tractamus, electione, cui velit dare, versatur causatiua necessitas, vt si grauatus vult vnum ceteris præferre, eligere eum debeat, aliter omnes admittentur, *vt in d. iurib. habetur* secundū communē sensum, qui facile potest interuerti, si consideras, q *in d. §. rogo, l. vnum ex familia, & in d. l. Cum quidam,* decessit grauatus sine electione, non quod id facere de iure potuit, sed magis, quia nemo de eligēdis iudicis officium implorauit, vt compelleretur: quod satis persuadetur, quia nulla ex parte illorum iurium colligitur, id a quopiam petitū fuisse, quare facile potest Peraltæ opinio contra communem defendi. 5

6 Quicquid † teneas, ego ad casum nostrum, in quo agimus de compellendo emphyteuta, vt nominet iuxta formam contractus, vix possum applicare hanc materiam & resolutionē, quæ habet, compelli grauatum posse, eligere, cui relinquat, quemadmodum post Bald. & alios, resoluit Peralta: cum animaduerto benigna quadā interpretatione, in vltimis voluntatibus eam traditionem admitti posse: quia in illis conseruandis fauor vertitur publicus, *l. vel negare, ff quemadmod. testa aperi.* quare in illis adimplendis exuberat iudicis officiū *l. Nulli, C. de episcopis & cleric.* Habetur *in auth hoc amplius, C. de fideicomm.* Quocirca quilibet adire potest iudicem, & si sua non intersit, *Bart. in l. 1. ff. sol. matr. Feli. in cap. 1. ad fin. de offic. de leg.* Quæ resolutio in contractibus locum non habet. Quare licet concedamus contra communem verius esse, quod potest grauatus cōpelli eligere, negare libere possumus, id emphyteutæ conuenire. In quo cessat ille publicus fauor, & reipublicæ interesse, quod versatur in adimplenda defuncti voluntate.

Potest † igitur emphyteuta, si velit secundam, 7 vel tertiam personam, non nominare, seu eligere. Si maxime consideras, quod ea nominandi potestas in sui ipsius fauorem fuit, in concessione adiecta, quo possetius emphyteuticum, in quemcunque amicum transferre, & cedere, cui priuilegio, & fauori ille libere potest renunciare, *l. Si quis in conscribendo, C. de pactis.* Quod verum obtinet, & si alii noceat, *vt habetur in l. Filio præterito, ff. de iniusto rup. iuncta l. Post mortem, § fin. & ibi Bart ff. de bonorum posse contra tabu.* Nec iuris ratio admittit, quod nominandus, qui a me ipso ius est habiturus, possit illo aduersus me vti, *l. si index circumuento, & ibi Bart. Bald. & alii, ff. de mino.* vbi id resoluitur, etiam post cōsequutū ius. Multo ergo minus poterit, qui adhuc ius nō habet: vt satis in simili cōsuluit Euerar. *cōs. 37. col. fi.* asserens patronū cōpelli nō posse, præsentare quempiā de agnatione, ad Ecclesiam vacantem

cantem, quamuis ex institutione primi acquireotis, statutum sit, quod eligatur & præsentetur vnus de sanguine suo. Nec *(inquit)* iniuria, quempiam afficit negligens, sic præsentare, quia iure suo ille vtitur, *l. iniuriarum, §. 1. ff. de iniur. habetur in l. Grachus, C. de adulteriis.*

8 Secundo † vtiliter infertur, nominatum dici eum, cui emphyteusis ex testamento legata est, habetur enim is legatarius pro electo, & nominato, vt probat I. C. *in l. Vnum ex familia 69. § sed si fundum, ff. de leg. 2. ibi: Fundum hæres vni de familia relinquerit,* quod latius infra adnotabimus, *quæst. 10. num. 2.*

Tertio infertur, titulum donationis sufficere: quia & is, cui emphyteusis est donata, pro nominato habetur, vt etiam dicemus *infra hoc titulo.*

9 Quarto † infertur sufficere, quod quouis modo, verba proferaotur, dom tamen ex illis colligatur, quod habens nominandi potestatem, voluit Petrum, seu Ioannem eligere & nominare, *per l. Quoniam indignum, in fin. C. de testam* ibi: *Ee quibuscunque verbis vti. & ibi notant Dd. & in l. Pamphilo. 37. §. propositum, ff. de legat. 3. rursus, & in l. 1. § si quis ita, ff. de verbo. oblig.* vbi Bart. *n. 3.* adnotauit sufficere, quod interrogatus, emphyteuta, *an P. velit nominare,* respondeierit, *quem alium, quam alium vellem nominare?* Intelligit enim hæc verba dispositiua esse, & nominationem inducere per tex. *in d. l. Pamphilo. 37. §. propositum, ff. de leg. 3.* vbi I. C. io hæc verba: *Propositum est, non habentem liberos, nec cognatos in discrimine vitæ constitutum, per infirmitatem, accersitu amicis, Caio Seio contubernali dixisse, quod vellet ei relinquere prædia, quæ nominasset, eaque dicta in testationem Caium Seium redegisse, etiam ipso testatore interrogato. an ea dixisset, & responso eius tali inserto vti. Quæsitum est, an prædia, quæ destinata essent ex causa fideicommissi, ad Caium Seium pertinerent: Respondi, super hoc non dubitandum esse, quin fideicommissum valeat.* Verba sunt I. C. plana quidem, quibus docemur, verum esse, quod Bart. ait, verbum *volo,* seu *vellem,* dispositionem inducere, & consequenter paria esse, quod quis dicat, *volo Petrum nominare ad talem emphyteusim, quam habeo, vel illum nomino,* sequuntur Bart. *in d. § si quis ita. Alexan. n. 15. Iaso, & Ripa, n 8. Alce 10. & Lancel. col. 3. Dec. consil. 159. in prin. & n. 5.* Ex quib. cetre cunstat hanc communem esse sententiam, & tradit Pelaez, *lib. 1. Maio. q. 48. n. 59.* intelligens requiri animũ, & voluntatem disponẽdi. Quæ sententia etiam in hæredis institutione procedit, vt ille dicatur hæres institutus, quem defunctus dixit, velle se hæredẽ facere, vt Dd. nostri resoluunt, *in d. l. 1. § si quis ita, ff. de verborum obligat.* vbi Lancel. *n. 4. Alci. 4. Cagno. 13.* licet repugnent Angel. & Imola, quorum sententiam magis probat Dec. *d. consi. 159. col. 3.* & licet etiam repugnent, dubiũ tamen Iaso. & Ripa. *d. § si quis ita.* Prior tamen sententia receptior & verior est, vt cunstat ex Gome. *in l. Tauri. 3. n. 109. & ex Barba. lib. 3. consil. 43. & in ca. Cum tibi, de testa. col. 2. & 3. & ibi Couarru. n. 4. Croto d. l. 1. § si quis ita. Lectu. 1. a nu. 12. & Lectu. 2. a n. 5. Galeaula a n. 6. Nonello a n. 4. Butigella. 7. Zasi. num. 8. cum seq. Boer. q. 35. Thom. Gram q. 73. Sylua. consil. 54. num. 10. cum seq. Bossio lib. de falsis, nu. 54. cum seq. Mencha. li. qq. illu. c. 101. a n. 4. & de successio. crea §. 17. num. 52. & seq tradunt Viuius lib. Opin. commun. verbo, hæreti quilibet. Bellon. consil. 61. n. 8. Gregor. Lop. in l. 6. tit. 3. par. 6.* Quorom sententia, quæ commuois est, vtiliter comprobatur ex dispositione *d. § si quis ita, l. 1. ff. de verb. oblig.* vbi non obstante, quod pro forma stipulationis, sunt necessaria verba, nihilominus respondetur sufficeré, quod petenti, quis responderit per verba, *quidni.* Quare idem est respõdendum in institutione, licet ad illam sint verba defuncti necessaria per l. *Iubemus, & ibi gl. C. de testa. vt adnotauit gl. l. heredes palã, ff. de testa. & d. c. Cum tibi.* Communem dixit Alex. *lib. 1 cons. 12. Dec. in l. Si mater, C. de inst. & subst. Roma. cons. 306. Soarez. alleg. 1 Ale. lib. 33. Peralta in rub. de hæred. instit. n 68.*

Quæ sane † resolurio in terminis *d. l. Pamphilo, §.* 11
propositum ff. de lega. 3. & sic quando fuerunt connocati amici, & rogati testes, seu etiam, vbi aliquæ concurrunt probabiles conïecturæ, quod defunctus voluit disponere, admitti debet, *vt tradit Iaso l. 1. C. de summa Trinit. n. 13. in lectu. & in repet. n. 15. & in l. Serui elect. ff. de leg 1. n. 21. cũ seq. & ibi Ripa n 17. Gomez. in d. l. 3. Taur. n. 117.* firmans hunc esse casum sing. *d. l. Pamphilo, § propositum,* quem ad hoc commendant Bartol. Paulus, & alii, *in l. fin. ff. de testam.* & quidam alii, de qoibus per Gomez. tui adde Decium *consil. 159. post num. 5. Purpura. d. l. 1. C. de summa Trinit num. 32. cum seq. Corn. lib. 3 cons. 91. n. 3. & 8. & 129. post n. 1. eod. lib. Thomam Gram. cons. 53. a num. 1.* qui sex refert conïecturas, quib. *in d. § propositum,* fuit I. C. motus ad ita respondeodum, quod verbum *volo,* inducere potuit dispositionem: quarũ illæ præcipuæ sunt quod conuocatis amicis, seu rogatis testibus, illa verba fuerunt a defuncto prolata: quod volebat contubernali legare, eidem prius interroganti, an ita dixerit: videtur enim hoc casu deliberate respondere, & consequenter disponere voluisse, vt adnotant interpretes nostri *d. l. Serui electione, ff. de leg. 1. & in l. In ementu, C. de contrah. emtione,* vbi Bart. *& in d. l. Serui electione, in fine,* manifeste docet, contrahi emtionem, si ego dico, ꝙ volo tibi equum 20. vendere ducatis, & tu responderis, ego tanti volo emere, quod ibidem voluit gl. & post Iacob. Bu. Angel. *d. l. In ementu, Corneus lib. 3. consil. 91 prope n. 4. Fab. de emt. vol. 1. tract. fol. 220. n 51. & prius Aurora. fol. 9. col. 3. in prin.* deliberata enim est hoc casu illa responsio, & propterea verbum *volo,* dispositionem inducit, siue simus in cootractib. siue in vltimis voluntatibus.

Alter † qui dicit, se velle legare, donare, aut nominare, nisi aliqua concurrat conïectura, quod 12
statim & de præsenti voluit disponere, magis videtur significare, primum sui animi & voluntatis motum ad legandum, seu nomioandom, quam determioatã voluntatẽ, vt præfati Dd. explicant, & adnotauit Bart. *in l fin. C. de testa. & in l. Gerit, n. 13. ff. de acqu. hæred.* quem ibi Dd. communiter sequuntur, teste Thom. Gram. *d cons. 53 n. 5.* resoluente firmam & veram hanc traditionem esse, ꝙ verbum *volo,* cessantib. præcitatis conïecturis (de quibus *in d. § propositum,* quas ibidem sedulo Gram. recenset & Iaso *in repet. l. 1. C. de summa Trinit. nu. 21. cum seq. & in lectu. n. 14.*) dispositionem minime inducit, tam in contractib. quam vltimis voluntatib. Quæ fuit sententia glo. communiter receptæ *in l. Serui elect. ff. de leg. 1.* quam vocat ordinariam Gome *in l. Tauri. 3. n. 119.* resoluens per hæc verba, *volo te eligere,* seu *nominare,* minime induci, factam esse electionẽ, seu nominationem, nisi aliqua concurrat de prædictis conïectura, & hanc ille testatur esse communem scribentium sententiam. Quod ibidem *n. 118.* pro-

bat, inferens ad parentẽ, qui dixit velle se filium in tertia sua meliorare: negans meliorationem factã, & hanc dicit communẽ, & eã probat Soc. *lib. 3 cons. 86. n. 4.* qui tamẽ ex multis quandã conatur defendere electioẽ, factã per verbũ *volo eligere*. Video illum, si quando hanc partem defendere oportuerit, *col. 1. cum seq.* optime differentem. Concordat Iaso. qui similiter hanc esse communem opinionem, testatur *in rep l. 1. C. de summa Trin. n. 19 cum seq.*

13 Sed † hæc sane limitanda sunt, nisi quis dixerit, *volo te esse electum seu nominatum*: inducunt enim hęc verba dispositionem propter verbum, *esse*, quod informat verbum *volo* vt adnotauit Bart. *in l. Gerit, ff. de acquir. hæred.* resoluens aditam dici ab eo hæreditatem, qui dixit, velle se hæredem esse, Ias. *in l. 1. C. de summa Trinit. n. 16.* in quo differt ab eo, qui dixit, volo adire, quia non dicitur adhue, nisi adeat, hæres esse.

14 Porro in casu † opposito idem prorsus respondetur, repudiatam minime dici hæreditatem ab eo, qui tantum dixit, nolle se adire, vt voluit gloss. *in l. 2. C. de iuris & facti igno. per tex. in l. Filiu, §. 1. ff ad S. C. Tertul.* vbi filius, qui semel respondit, nolle se adire matris hæreditatem infra annum, potest illam agnoscere: Quod vt gl. intellexit, eo fit, quia verbum *nolo adire*, non magis inducit dispositionem, quam volo adire: contrariorum enim eadem solet esse disciplina. Sequitur Bart. ibi. *& in l. fin. qu. 1. C. de repu hered.* Idem Bart. *in l. Si quis sam. ff de iure delib. n. 5. & ibi Paul. etiam nu. 5. Ang. in l. Qui se patris, n. 3. C. vnde liberi, in repe. & ibi post Butri. Bald. col. 2.* firmans hanc opinionem obseruari in palatiis. Concordat ibi Cyn. *oppo. 1. & Alber. n. 2.* testatur communẽ opi. Curt. *nu. 27. & Fabi. Atcorambonus. num. 64 & Sapia. 16. Ripa, in l. Serui electione ff. de leg. 1. n. 7.*

15 Cuius † tamen oppositum, si recte consideras, obseruandũ est ex auctoritate I. C. *in l. Filiu, 6. ff. ad Sena. cont. Tertul* vbi Paulus plane docet filium qui dixit, nolle se matris hæreditatem adire, sequenti in gradu locum facere: & consequenter hæreditatem repudiasse, aliter sequens in gradu, cognatus adire volens, audiendus non foret, *vt ibi adnotarunt Bart. & alii*, & plane colligitur ex verbis I. C. dum dicit, eum, qui respondit, se nolle adire, audiendum esse pœnitentem, *antequam consanguineus vel agnatus adierit*: In quo loco præsupponit sequẽtem in gradu posse adire, & consequenter a filio, qui primum obtinebat locũ, hæreditatem repudiatam esse, aliter sequens non posset adire ex regula L. 1. §. *quibus, ff de success. edicto, l. Si filius 42. § cum filius*, ibi, *quod sine dubio, qui sequentis gradus sunt, non admittãtur interim, ff de bonis libert.* Quare hanc opinionem rectius probant *gl. 2. d. l. Filiu. Pet. Cyn & Alb. d. l. qui se patris C vnde lib & ibi Alex n. 7 Ias. 41. & Dec. 17* qui firmat communẽ, & planius Paul. de Monte Pico, *n. 41 & Claudius in l. Si de alio in prin. ff. ad Trebel.* & nouissime Menesius *in l. 2. C. de iuris & facti igno. n. 1. Alc. l. Serui electione, ff. de leg. 1. n. 7. Bell. lib. supp. c. 14.*

Qui tamen in loco fatetur ingenue, priorẽ sententiam sibi arridere magis, per tex. iuncta glo. *in l. Titius 44. ff de act. emt. verbo noluisse*, vbi is, qui respõdit, nolle legatum ad se pertinere, non dicitur, legatum repudiasse, quia hæredem ab illius præstatione non liberauit, vt ex verbis illius legis liquet ibi. *d. m. a. t. cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset. nec tamen hæredem a sua petitione liberasset*: & ibi glo. 1. adnotauit, per illa verba *nolo legatum ad me pertinere*, non induci repudiationem, quemadmodum nec aditionem induci, iam supra probauimus.

Sed † prior verior esse sententia videtur. Imo 16 quod is, qui dixit, nolle se adire hæreditatem, videtur illam repudiare, quemadmodum Iureconsultus probat *in d. l. Filiu 6. ff. ad Tertull.* Pro cuius intellectu & inductione ad illius verba sedulo attẽdendũ est, quæ sunt huiusmodi. *Filius, qui se nolle adire hæreditatẽ matris dixerit, an possit, mutata voluntate, adire, antequam consanguineus vel agnatus adierit videndum est propter hæc verba. Si nemo filiorũ volet hæreditatẽ suscipere, quia extensiua sunt: & cum verba extensiua sint, pœnitentia eius vsq; ad annũ admittenda est, cũ & ipsa filii bonorũ possessio annalis sit.* Vides, qualiter filius dixit, nolle se matris hæreditatem adire, per quæ verba, Iureconsultus præsupponens repudiatam esse hæreditatem, quærit, an nihilominus pœnitere illi liceat, & eandem denuo nihilominus agnoscere hæreditatem, & petere: Et arguit primo videri, quod sic, si illum pœniteat, antequam alius consanguineus adierit: & sic re integra: Nihilominus tamen respondet, quod infra annũ pœnitens audiri debet de iure, scil. Prætorio, petita bonorũ possessione. Nã cũ verba illa, *nolo adire*, respiciant modum succedendi de iure ciuili, filius, qui dixit, se nolle adire, remedio tantum iuris ciuilis dignoscitur esse priuatus, & de iure Prætorio volens succedere per bonorum possessionem, est audiendus *Bart. receptus in l. Nec ii, §. fin ff de acquir. hæred.* Qua ratione, quia secundum S. C. Orphicianum, tunc demum admittuntur agnati, quando filiorũ obtinentium primum gradum, nullus vult hæreditatem adire, vt probat tex. *in l. 1. § si nemo, ff. illo tit. ad Tertullia.* recte I. C. *d. l. Filiu*, respondet, infra annum posse filiũ pœnitere, qui dixit, adire se nolle matris hæreditatem, & bonorũ possessionem de iure Prætorio petere, *vt in l. 1. §. largius, ff. de successo. edicto.* Verba enim Senatus Consulti Orphiciani, lata sunt, & extensiua, tunc demum agnatis locũ concedentia, quando filiorum nullus prorsus, etiam de iure Prætorio hæreditatem adire vult. Quocirca per illa verba, *nolo hæreditatem adire*, Senatus Consulti verbis non est satisfactum, quia illa repudiatio solum respicit modũ succedendi de iure ciuili, illæso manente modo iuris Prætorii, qui in bonorum possessione consistit: Quod sine dubio I. C. *d. l. Filii* manifeste insinuat, dum dixit, *pœnitentiam infra annum admittendã esse*, quia verba sunt extensiua, & quia bonorũ possessio annalis est: Vnde resoluitur in eo responso, I. C. sine dubio docere verba illa, *nolo adire hæreditatem*, dispositionẽ inducere, & consequenter repudiationem successionis de iure ciuili, nõ tamen Prætorio secundum quod bonorum possessionem infra annũ adhuc sic repudians petere recte potest, nec interim sequens in gradu audiri potest, hæreditatem petens.

Ex quibus † sane cauendum est a Bart. ibidem 17 intelligente, quod per illa verba, *nolo adire*, adeo inducitur hæreditatis repudiatio, vt statim sequẽti in gradu fiat locus adire hæreditatem volenti, in quo ad supra scripta aduertisse minime videtur: Nec idem probans Bald. *consil. 404 ad fin lib. 3. & Plumb. in l. Qui se patris, C. vnde lib. n. 8. Ias. in l. 4. n. 3. ff. de acquir. possess. & in l. Si quis arbitratu. n. 24. ad fin ff. de verbo-*

borum obligat. quorum resolutio vtriq; stare nequit, repugnante I.C. doctrina *in d l. Filii*, modo, quo supra explicata. Quare rectius multo mihi videtur locutus, Salic. *in l. Accusationem n. 3. C qui accusa. non poss.* qui oppositum tenuit. Nec tantos viros debuissent mouere verba *d. l. Filii*, ibi, *antequā consanguineus, aut agnatus adierit*, quibus illi perterriti intellexerunt simul ac filius repudiauit sequentem in gradu hæreditatem adire posse. Debuissent enim considerare, quod in illis verbis I. C. faciendæ decisionis, dubitandi rationem firmauit: qua non obstante, audiendum infra annum de iure Prætorio decernit, & proinde excludendum agnatū sequentem in gradu. Quod vt planum fiat, & extra omnem dubitationem sic exponenda illa sunt verba, *antequam agnatus adierit*, i. e. adire possit, arg. *l. Labeo, 21. ff. de statu lib.* ibi *sic verba legis xij. tabularum veteres interpretati sunt, si aqua pluuia nocet, i. e. nocere poterit, & in cap. maiores, versi. sicut alia de baptismo.* Qui profecto videtur mihi verus ad illum textum sensus, & si nec id videatur assecutus subtilis præceptor meus Costa *in §. & quid si tantum, pag. 78. n. 181.*

18 Nec † dicas obstare regulam, *l. 2. C. de iuris & facti ignorantia*, vbi filio repudianti maternam hæreditatem, omnis ad illam negatur regressus, quoniam si bene consideras, loquitur, & procedit in repudiante, qui prorsus a se dicitur hæreditatem abdicasse, quocunq; iure illam possit habere, ciuili, vel Prætorio, *Bart. in l. Nec is, §. fin. ff. de acquir. hæred. & ibi Iaso. n. 14. Sapia. in l. Vni. n. 26. C. quando non peten. partes. Corra. in l. 3. num. 19. C. de impuber.* Quod non contingit in casu *d. l. Filii*, vbi filius tantum dixit, nolle se hæreditatem adire: quibus verbis solum videtur neglexisse modum consequendi hæreditatem de iure ciuili, non de iure Prætorio, *iuxta ea, quæ supra proxime resoluimus.*

19 Neq; † mihi videntur recte considerasse Iaso. *d. l. Nec is, §. fin. n. 18. & Curt. in d l Qui se patris, nu. 24. C. vnde lib.* resoluentes hæreditatem & bonorū possessionē, diuersa esse omnino, & propterea in casu *d. l. 2. C. de iuris & facti, ignor.* ex repudiatione hæreditatis inferri, neutiquam posse ad repudiationē bonorum possessionis. *l. Si domnus, 20. ff. de serui. vrba.* Quocirca quemadmodū in casu *d. l. Filii*, dicimus, repudiationem aditionis hæreditatis non nocere bonorum possessionis petitioni: Ita etiam in casu *d. l. 2.* fateri tenemur, repudiantem hæreditatem maternam, posse bonorum possessionem petere. Quoniam hi termini ex mente Bart. & communis *d. §. fin.* non sunt æquales, quoniam is, qui hæreditatem repudiat, seipsum priuat, quouis modo illam possit assequi, siue ciuili, siue Prætorio iure, illa possit obuenire. Ceterum qui dicit, se nolle adire, solum videtur, a se abdicare modum illum ciuilem, consequendi hæreditatem, integro manente modo, iuris Prætorii, qui consistit in bonorum possessione.

20 Ex † quibus vtiliter resoluendum puto hac in re constituendam non esse differentiam inter eū, qui dixit, nolle adire hæreditatem, & eum, qui dixit, nolle se hæredem esse: vterque enim se videtur restringere ad dispositionem iuris ciuilis, quoniam & is, qui se negat velle hæredem esse, hæreditatem repudiare dicitur, *l. iam dubitari, 86. ff. de hæred. instit. l. 2. iuncta glo. 1. C. de repu. hæredi.* licet oppositum innuat Bart. *in l. si quis suus, num. 5 ff. de iur. delib.* repudiat tamen, qualis illa est de iure ciuili, quod hæredes facit non Prætorium, §. *quos autem instit de bonorum posse. & colligitur ex Rubr. C. de repu. di. hæred. coniuncta, Rubr. de repud. bonorum posse.* vbi hæc tanquam diuersa describuntur. Qua ratione, qui non vult hæres esse potest velle bonorum possessor fieri. Vnde qui dixit, se nolle hæredem esse adhuc bonorum possessionem, petere potest.

Vlterius † ex his, quæ sic resoluimus aliquando in facto, respondimus, nutu hanc posse nominationem emphyteuticam fieri ex regula, *l. Nutu, ff. de leg. 3.* vbi scriptum est, legatum, & fideicommissum nutu relinqui posse, *tradit post alios Gomez. in l. 3. Tauri, num. 111. & 113. & in tit. de legatis, num. 2. tradunt Socin. lib. 4. consil. 20. & Paris. lib 3. consil. 3. n. 38.* & alii, de quibus infra mentio fiet, tradunt scribentes *in l. & in epistola, C. de fideicommiss. & l. 1. §. si quis ita, ff. de verborum obligat. Canonistæ in cap. Cum tibi de testa. vbi post Barba. & alios, Couarru.* per quæ hoc ita noster Senatus aliquando censuit, & in causa magni momenti decreuit. Quia tamen nec hæc traditio sine difficultate transit, frequensq; est, & in foro continuo de illa contingit hæsitari, operæpreciū mihi visum fuit, paulisper immorari. Paulus noster Iureconsultus maximus, *in d. l. Nutu, 21 ff de leg. 3.* in hunc alloquitur modū: *Nutu etiam relinquitur fideicommissum, dummodo is nutu relinquat, qui & loqui potest, nisi superueniens morbus ei impedimēto sit.* Ex quibus verbis sane duducitur, eum, qui loqui potest, recte posse nutu legata, & fideicommissa relinquere, vt ex illis verbis deducitur, *dummodo qui & loqui potest*: quod est verbum præsentis temporis significās, quod de præsenti, ex quo nutu relinquit, fari recte poterat: & nihilominus respondetur, valere nutu relicta, secundum quem sensum est intelligendus Imperator *d. l. & in epistola 22. C. de fideicom.* quatenus simpliciter docuit, etiam nutu, adhibitis testib. fideicōmissum relinqui posse, dummodo scil. & loqui possit, quæ necessaria expositio est ex I. C. respōso *d. l. Nutu.* Quamuis aliud incaute tradat Ias. *in l. Si quis in fundi vocabulo, ff. de leg. 1. nu. 38. & in l. Si is, qui pro emtore, ff. de vsucapio num. 75.* ex auctoritate Salic. *d. l. & in epistola, C. de fideicommissis*, qui id minime dixit. Quare rectius Iaso. loquitur Gomez. *in l. Tauri. 3. n. 113.* a Ias. recedens, quia iura, quæ nutu relinqui legata permittunt, indistincte & absq; vlla interpretatione procedunt, & sic indistincte intelligi debēt, siue defunctus loqui valeat, siue non & quia omnis actus, qui potest nutu aut signis fieri, ab eo geri recte potest, qui recte & articulate fari potest, *l. Si stipuler 35. §. fin. ff de verbor. obligat.* cuius hæc sunt verba: *Si in locando, conducēdo, vendendo, emendo, ad interrogationem quis non responderit, si tamē consentiat in id, quod responsum est, valet, quod actum est, quia hi contractus, non tam verbis, quam consensu confirmantur.* & ibi Dd. notant, solum consensum sufficere, quando pro forma non sunt necessaria verba: prout in contractu locationis, emtionis, & similibus. Concordat Paulus *in l. In quibuscunque 47. ff. de actio. & obligat.* cuius hæc sunt verba. *In quibuscunq; negotiis sermone opus non est, sufficiēte consensu, in his etiam surdus interuenire potest, quia potest intelligere, & cōsentire veluti in locationib. &c.* & Modest. *in l. obligamur, eod. titul. de actio. & obligat. in fine*, dum dicit, *etiam nudus consensus sufficit obligationi, quamuis verbis hoc exprimi possit, sed & nutu solo pleraque con-*

fistunt. habetur in l. In venditionibus, ff. de contrah. emt. Quare aduersus Ias. hanc tuetur sententiam Gomez d. l. 9. Tauri. n. 113. intelligens, nutu legare recte posse eum, qui recto loqui adhuc valet: quod ego intelligo sine vlla difficultate probare Iureconsf. d. l. Nutu, vt supra dixi, & verius hoc multo est.

22 Adnotandum † est vlterius, etiam Iureconsultum in d. l. Nutu, plane docere mutum, qui loqui nentiquam potest legare, aut fideicommittere nō posse, quod sane illa verba, dummodo is nutu relinquat, qui & loqui potest, nobis insinuant: quæ oppositum præsupponunt, si is loqui non valet, quia mutus, scil. est, nec sermonis capax. Nec hoc mirū, si consideras, quod mutus non habet testamenti factionem actiuam, l. Mutum 7. ff. de testa. Quare nec potest codicillos facere, & consequenter legata, aut fideicommissa relinquere, l. 2. ff. de legat. 1. At si morbo, aut quouis alio modo sermo impediatur, & sic mutus a natura, quis non sit, is vtriq; legare, & fideicommittere recte potest, vt in d. l. Nutu, I. C. ait, versi. nisi, ibi: Nisi superueniens morbus illi impedimēto sit. Quo in loco, quod supra dixerat I. C. non valere legatum nutu factum ab eo, qui loqui nō poterat, restringit ad eum mutum, qui a natura sermonis expers est: & consequenter limitat in eo, qui morbo aut aliquo fortuito casu loquelam perdidit, secundum quem sensum d. l. Nutu, explicat, hoc ita probans Peralta in rubr. ff. de legat. 2. n. 14. & Marcus Antonius in l. Hac consultissima. §. ex imperfecto. C. de testa. n. 179. a quib. procul cauendum est, quia oppositum probat Imperator in l. Discretis, 10. prope finem, C. qui testa. fa. poss. cuius hæc sunt verba: Sin vero aures quidem aperta sunt, & vocem recipientes, lingua autem penitus prapedita, licet a veteribus auctoribus sapius de hoc variatum est, attamen si & hunc peritum literarum esse proponamus, nihil prohibet eum scribentem, hac omnia facere, siue naturaliter, siue per interuentum morbi huiusmodi infortunium ei accesserit. Vides, quam plane Imperator antiquam submouens controuersiam decreuit, mutum ex accidēte fideicommittere, tunc demum posse, cum literarum peritus, id literis mandauit, aliter minime, vt ibi per Ias. nu. 7. Riminal. 4. asseuerantes communem esse sententiam.

23 Quamobrem † ex mente Bart. d. l. Nutu, resoluendum est, quod tex. ibi, quatenus cōcedit mutum infirmitate loqui impeditum legare posse, sane intelligendus est, quando illa infirmitas prorsus non ademit loquelam, sed ita impediuit, vt spes adhuc sit futuræ salutis: & consequenter, quod cessante morbo recuperabit infirmus loquelam, in qua specie sine difficultate nutu legare ille potest, & ad emphyteusim nominare, secundam vel tertiam personam, cuius oppositum obtinet in casu, d. l. Discretis, cuius verba referuntur ad eum, qui penitus amisit loquelam, absque vlla melioris status spe, vt ex illis verbis colligitur. Lingua autem penitus prapedita. Aliter illa iura vix possunt conciliari.

24 Vnde † si is, qui infirmabatur, legauit, aut ad emphyteusim nominauit nutu, quia loq morbo impeditus non potuit, & ex ea infirmitate mortē obiit, suumque diem finiuit, quia spes supradicta futuræ conualescentiæ futilis, vanaque fuit, legatum, seu nominatio corruet, vt in specie resoluit Crotus, in l. 1. §. si quis ita, ff. de verbo. obligat. nu. 21. vers. vltimus casus, per regulam, l. 2. ff. de legat. 1. qua cautur legare, nec fideicommittere posse eum, qui nec testari valet: habetur in l. In bello. §. codicilli. ff. de capti. & postlimi. reuersis. citat hoc ita resoluisse Iacobum Butri. & alios, in l. & in epistola, C. de fideicommissis. idq; menti tenendum probat, & modo, quo supra respondet tex. in d. l. Nutu, vt solum procedat, quando impedimentum linguæ fuit temporale, nec ex ea infirmitate ille decessit: secundum quem sensum, vtique perperam noster Senatus, non semel iudicauit, decernens oppositum, imo quod nihilominus nominatio facta de emphyteusi tenuit.

Nisi illud arestum defendas cum Socino iuniore in d. l. 2. n. 116. ff. de legat. 1. qui in specie Croto repugnat, intelligens, mutum non esse, quem infirmitas lingua priuauit, per d. l. Nutu, cuius verba cauillari non posse videntur, nec vana spes illa salutis censenda ex eo est, quia ille ex ea infirmitate decessit: melior enim status sperandus semper est, tristis euentus nunquā, l. Inter stipulantē, §. sacram ff. de verborum obligat. ibi: Casum aduersamq; fortunam, l. Si quis post hanc, ibi: quod absit, C. de bonis proscriptorum: secundum quam consideratione hæc verior mihi persuadetur esse sentētia ex verbis d. l. Nutu & quia tex. in d. l. Discretis, loquitur in casu certo, quando penitus amissum esse linguæ vsum certo scimus.

Ex quibus † cauendum sane est etiam a Salic. d. l. & in epistola, C. de fideicom. resoluente inutile legatum esse nutu factū ab eo, qui antea loquebatur, quoniam inquit, in dubio præsumitur, quod iam nō poterat articulate loqui, & propterea eius corruit dispositio, l. Iubemus in prin. C. de testam. sequitur Marc. Anton d. l. hac consultissima, § ex imperfecto, eod. tit n. 202. adstipulatur Ang. lib. de testa glo 3. n. 8. quæ traditio repugnat sine dubio tex. d. l. Nutu, modo quo supra explicato, ideo adhæreo dum potius est Alex. in d. l. Iubemus, nu. 4. & Couarru in cap. cum tibi de testam. num. 3. & Peralta in rubr. de legat. 2. n. 14. contra Salicet. qui resoluunt ita obseruandum. 25

Nec mouere † quempiam debet tex. in d. l. Iubemus, C. de testam qui loquitur, & procedit in eo, qui iam laborat in extremis, & propterea nequit articulate loqui: is enim præsumitur iam sensu carere propter quod agere nihil potest. Cuius oppositū obtinet in casu nostro, quando quis propter morbum impeditus alloqui non potest. longe tamen ab extremis distat, Socinus consil 20. n. 2 lib. 4 Marcus Antonius in rubr. institut. de testam. 26

Caue † tamen, quia hæc traditio confundi facile potest ex notabili Scæuolæ respōso, in l. Alumna 30. § fi. ff. de adim. leg. vbi filio pater postquam 100. legauerat, sic cauit, quoniam cognoui filium meū in extremis esse, pussimum duxi portionem eius legare Mariano fratri meo. Contingit hūc ex longo interuallo filiū decedere. Eius portionē defuncti petebat frater. Ex aduerso opponebatur, deceptū fuisse defunctū, quia in extremis adhuc filius non erat, & propterea legati petitionem cessare. Respondet Scæu. Iureconsf. nihilominus legatum deberi, si ex ea infirmitate filius decessit. Ex quo plane colligitur responso, in extremis agere quemcunq; infirmum simul ac morbo compressus est, & si longo ex interuallo moriatur, ad quod illum tex. commendat Bald. in ca. 2. de pactis, col. fin. & eum secutus Hipol. in sua praxi, §. Et quia, num. 16. in fin. Ias. & alii, quorum meminit Peralta in princ. l. Vnum ex familia ff. de legat 2. num. 27

num. 14. Quare non videtur tuta illa differentia, quam modo tradidimus inter eum, qui est in extremis constitutus, & eum, qui prius per aliquod temporis interuallum loquelam amisit: nam cum ex eadem infirmitate decedit, semper dicitur esse in extremis, *vt in d. §. fin. probatur.*

28 Quocirca † dicendum est, quod *d. l. Iubemus*, loquitur, & procedit in eo, qui morbo, loquela priuatus omnino, testari desiderat, qui quo ad testamenti factionem mortuo similis est, *vt ibidem imperator ait*, nisi is sciat scribere, & in scriptis hæredis nomen dare: Incapax enim testamenti faciendi est, qui morbi acerbitate prorsus loquelam amisit & si consensum & intellectum relinquat, qui ad hæredis institutionem, non sufficit, quia illius nomen, testator verbis, aut proprio scripto, manifestare debet testibus, *vt in d. l. Iubemus, habetur*: & tradit post alios Gume. *in l. 3. Tauri, num. 110 Barba. lib. 3. consil. 43. Marc Anton. in d. l. Hac consultissima, § ex imperfecto, C. de testam. nu. 203. Bertran lib. 1. cons. 349. Socin. in l. Sed est quæsitum, ff. de lib. & posthu. Hipp sing. 449. Afflict. quæst. 143. Calca consil. 92 post Ias. col. fin. d. l. Iubemus. Viuius lib. opin. commun. verbo, hæres quilibet, tomo 1. lib. 8. com Menchа lib. de success. progressu, §. 1. nu. 94. cum seq.* qui omnes id in hæredis institutione, specialiter procedere intelligunt, in qua maior viget falsitatis perpetrandæ timor. Quocirca si quomodo infirmi vox & loquela intelligi recte potest licet tarde nomen hæredis explicet, defendi eius voluntas & testamentum potest, vt explicant Gome. *d. n. 110. l. 3. taur. & post sup. citatos Bal cons. 120 lib. 4. Corn. 261 n. 18 lib. 4. Boer. q. 35. n 5. Alex. lib. 1. cons. 12. Ias. lib. 1. cons. 124. in fi. & in d. l. Iubemus, n. 20 Bello. cons. 26.*

29 At in legatis † & fideicommissis, & consequenter in emphyteutica nominatione, contrarium quidem resoluendum est, in quibus solus consensus sufficit, nec illa solennitas, quæ in hæredis institutione, necessaria est, exigitur. Qua ratione, nutu relinqui possunt, *d. l. nutu, cum similibus*: siue defunctus possit loqui, siue non, dummodo sensu, & intellectu non careat, *vt iam supra diximus, & explicat Gomez. d. l. 3. Tauri nu. 111.* Aliter nimis inepta foret nostrorum interpretum traditio, quæ validũ probat esse grauamen hæredi iniunctum, vt testimat, cum moritur, de quo habetur *in l. vnum ex familia, in prin. ff. de leg. 2.* vbi post alios Peralta *n. 11. & sup. re*soluimus, *num. 2. cum seq.*

30 Quæ † resolutio eo maxime cõprobatur: quia licet verum sit, quod mutus a natura testari non possit, *vt supra diximus*, & tradunt omnes *in l. Discretis, C qui testa. fa. poss. & in § item surdus. Institut. eodem tit. Tradit Grego. Lopez. in l. 2. titul. 21 part. 5. lit. c. & in l. 13. titul. 1. part. 6 lit. f cum seq. & Ord. lib. 3. titul 67. §. 20. Menchа lib. qq. illu. cap 102 a num. 2. & de successio. crea. §. 20 part. 3. n. 194. & de successio progre. §. 1. a nu. 169.* Potest nihilominus omnes contractus celebrare, qui consensu contrahuntur, dummodo ille sensum habeat, & voluntatem suam sciat, signis exterioribus manifestam facere, *vt habetur in l. seruo muto, § si pupillo, ff. ad Trebell. & ibi Bart. & Dd. & in l. Mutum. ff. de acquir. hæred. Gomez. in l. 3. Tauri num. 16. & 1. tomo cap. 6 num. 5.*

Qua ratione, quia matrimonium consensu cõtrahitur, iuxta *l. Nuptias, ff. de reg. iur.* illud posse contrahere mutum, nostri passim interpretes concedunt, vt habetur *in l. mutus, 76. ff. de iure dot. Prepo. in cap cum apud, num. 5. de sponsa. Alexan in l. 2. nu. 10. ff. de verborum obligat. Ripa in l. Ex facto, ff. de vulga. num. 1.* Ex quibus constat hanc esse communem sententiam, *& ex Galcaula in d. l. 1. ff. de verbor obligat. nu. 49.*

Quamuis contrarium velit Ias. *in l. Mutum, ff. de acquir. hæred. n. 4 & in l. Discretis, n. 2. C. qui testa fa poss.* sumptu argumento a furioso, qui nec contrahere matrimonium valet, *cap. dilectus de sponsa. cap. n. 1. furiosus, 32. quæst. 7.* Qua ratione Ias. hanc sententiam probat, & communem dixit esse Hieron. Verius *d. l. Ex facto, ff de vulg. num. 12 & 15.*

Quorum opinio admitti tantum potest, quando mutus consensum non habet, aut prorsus nescit illum signis exterioribus exprimere, *vt in d. l. discretis, habetur.* Qua in re circumspectum iudicem esse oportet, *vt tradit Parisius lib. 4. consil 63. Claud. in d. l. 1. in prin. col. fi ff de verb oblig* Quod etiam ad matrimonium spirituale solet a nostris extẽdi, quod similiter mutus contrahere, religionẽ ingrediens, potest, si modo intellectum habeat, vt est videre per Barba. *lib. 2. consil. 59. & Socinum lib. 1. consil 62. num. 13* Aliter quemadmodum non potest carnale matrimonium contrahere, qui consensu caret per supra scripta: ita neque potest spirituale, *c. fin. de successio. ab intestato. c tenor de regul. Ius. d. l. Mutum, n. 3 ff de acqu. hæred & in d. l. discretis, n. 2. C. qui testam. fa poss. Alci. in l. 1. in prin. ff de verbor. oblig. num. 49.*

Quibus † adde, quod hac in re non tam exactus exigitur consensus & perfectus, quam in quo- 31
libet alio non muto, quo circa si consensum is habeat, licet non tam perfectum celebratum ab eo matrimonium tenet *secundum Decium in l. Humanitatis num. 1. C. de impub. & in cap. pastoralis, nu. , de iud. Rursus, & consil. 112. n. 1.* vbi id com pr. bat ex authoritate F. b. & Ang. *in § præterea Inst. quibus non est permiss. fa. testa.* resoluentibus testari mutum posse sequitur Ias. *in l. Furiosum, n. 2. C. qui testa fa poss & in l. Ex facto, num 41. ff de vulgari.* Ex quibus sane colligitur, verum esse, quod diximus, mutum intelligentem, quod agit, contrahere recte posse, eaque gerere, quæ consensu consummantur. Et cõsequenter ad emphyteusim, quam habet, nutu, & signis exterioribus posse quempiam nominare, seu eligere.

Nec † mouere quempiam in contrarium pote- 32
rit gl. recepta *in l. Quid, 34. §. mutus ff de dona.* resoluens mutum, donare nullo modo posse. *tradit Ias. in d. l. Discretus, C. qui testam fa poss n 2.* vbi perpendit text. ibi negantem muto, posse seruis suis libertatem concedere.

Sed non obstat, quia secundum iuris nostri dispositionem, muto dandus est necessario curator, *§. furiosi. Instit. de curato l. 3. in fine, ff de postul. & d. l. 4. §. fin. cum l. seq. ff. de priuileg. credi. l. 2. cum gloss. 1 ff. de cura furiosi. Galcaula in l. 1 ff. de verbor. obligat nu 65.* qui quidem curator donationem a muto factam auctorare non potest, *l. ab agnato, & l. fin. ff. de cura. furiosi.* Quare illius glo. traditio, nec ceteris contractibus nocet, qui donationem non sapiunt, nec nominationi ad emphyteusim, quæ licet donationi accedere magis videatur, diuersa ratione defenditur, quia a primo domino concedente, non ab emphyteuta nominatus capit, *vt infra explicabitur, cum de pupillo nominante erit sermo.* Valide igitur ex *supra scriptis* defenditur ad emphyteusim, quam habet nutu, & signis exterioribus mutum nominare quempiam posse.

33 Sed, † *an verba enunciatiua sufficiant ad huiusmodi nominationem inducendam*, vtilis hæsitatio est, de qua pluries in foro contingit dubitari, ideoq; aliquantulum etiam super ea immorabimur. Communis nostrorum interpretũ schola in hac re eam regulam constituit, vt siquidem verba enunciatiua in contractib. inter viuos proferantur, effectu careant, ac minime dispositionem inducant. Adducunt in eam rem Pauli Iureconsulti responsum quo suam adstruunt sententiam, *in l. Publia Mæuia. 26.§.fin.ff. depositi.* vbi Paulus notabile epistolæ exemplum descripsit in hæc verba: *Titius Sempronio salutem. Habere me à vobis auri pondo plus minus decem, & discos duos, & saccum signatum: ex quibus mihi debetis decem, quos apud Titium deposuistis: item quos trophimati decem, item ex ratione patris vestri decem, & quod excurrit. Quæro an ex huiusmodi scriptura, aliquã obligatio nata sit, scil. quod ad solam pecuniæ causam attinet? Respondit ex epistola, de qua quæritur, obligationem quidem nullam natam videri, sed probationẽ depositarum rerum impleri posse.* Vides qualiter enunciatiua verba, dispositionem non inducunt, vt ibi Bart. & alii probant, *& in l. Optimam 14. C. de contrah. stipul. Petrus & Cinus in l. 1. C. de falsa causa, & in l. Cum falsa, C. de iure & facti igno. Cinus in l. Verba C. de testa & in l. Ex his C. de testa. mili. Bart. in l. Ex hac Scriptura in fin. ff. de donat. & in l. Tale pactum, in prin. ff. de pactis, rursus & in l. Qui volebat ff. de hæred. instit.* & est communis scribentium traditio *in d. l. Ex hac scriptura, vbi tradit Rogerius num. 32. & post num. 68. & in d. l. 1. C. de falsa causa. tradit Alexã. in l. Non epistolis C. de testa. Dd. in d. l. Optimam. Aymon. de antiquit. fol. 16. an. 5.* Secundum quam iuris traditionem, vtiq; per verba enunciatiua, nominatio emphyteutica, de qua agimus, induci non potest, siquidem in actibus inter viuos illa disponendi effectum non habent.

34 Iuuat, † quod ex hac regula notabiliter, inferunt Petrus *in l. Mora, ff. de vsur. & in l. Si seruum, §. 1. ff. de verbor. obligat. & Cinus in l. In minorum C. in quibus cas. in integr. rest.* Resoluentes debitorem interpellatum dici non posse, si creditor ad illum accedens, dixit opus se habere pecuniã credita. Sunt enim hæc verba *(vt ipsi aiunt)* enunciatiua, quibus magis excitare debitorem, creditor voluit, & sollicitum ad soluendũ reddere, quam ad eum constituendum in mora, ad quam constituendã necessaria sunt verba dispositiua, *d. l. Mora, & l. Magnam C. de contrahen. & committ. stipulat. l. fin. §. 1.* ibi: *petenti, ff. quorum legatorum, notatur in l. Traiectitia, ff. de actio. & obligat.* Qua ratione idem prorsus videtur obseruandum in nominatione, de qua agimus, vt minime dicatur facta, per verba enunciatiua, quamuis videantur ad nominationem directa, & illam insinuare, nisi omnino sint dispositiua.

Verum tamen est, quod Bart. *in l. 1. in princ. col. 4. ff. de noui operis nunc. & in d. l. In minorum, C. in quibus cas. in integr. restitutio.* atq; etiam Floriã. *in d. l. Mora, ff. de vsur.* contrarium resoluunt in casu Petri, & Cini, scilicet imo per illa verba, quamuis enunciatiua, induci dispositionem, & in mora debitorem constitui per tex. *in l. Si quis mihi bona, 25. versi. patre, ff. de acquir. hæred.* Vbi Vlpian. docuit patris iussum, & mandatum induci, si ad filium scribat in hæc verba: *Scio fili, quod pro tua industria inuigilabis, tibi delatã hæreditati.* Sufficiunt enim hæc verba, vt dicatur pater filio mandasse, vt hæreditatem adiret, quamuis directa non sint, nec prorsus dispositiua. Citat etiam Bart. tex. *in l. Etiam hoc 118. ff. de leg. 1.* vbi Vlpian. illa verba indicat dispositiua esse, *opto, vt des*, vel, *credo te daturum.* Et ibi gloss. concordantia iura citat. Quod si dixeris, hæc duo iura in testamentis, seu vltimis tantum voluntatib. loqui, respice verba tex. *in d. l. Si quis mihi bona,* omni solutione maiora. Loquitur enim ibi I. C. in patre, qui ad filium viuens literas misit.

Vnde † liquido constat, Bart. intellexisse, quod verba enunciatiua etiam inter viuos disponunt, 35 secundũ quem sensum, illum incaute sequuntur vltramontani, non aduertentes constituendam esse regulam in contrarium, imo quod in contractibus, seu actibus inter viuos, verba enunciatiua carent effectu disponendi *per d. l. Publia. §. fin.* quod intelligens Bart. esse obseruandũ innuit, verba illa *indigeo pecunia credita*, prolata a creditore, directa magis, quam enunciatiua esse ad hunc modũ resoluenda, *pecuniam creditam solue, quia illã mihi est opus.* Quæ sane expositio & interpretatio magnam suppletionem, & verborum ambagem continet. Quare diuersum sensum vtraq; oratio habet: hæc enim plusquam dispositiua est, illa vero minime, quoniam creditor, dum ait, *indigeo pecunia credita*, magis videtur excitare debitorem ad soluendum, quam in mora constituendum, *l Paulus, §. Paulus, ff. de fideicom. libert.* ibi: *Crede mihi Zoile, gratias tibi referet, filius meus, Martialis, imo non tibi solum, sed & filiis tuis. In plena voluntate defuncti contineri citra beneficium coniunctis personis, & Zoilũ, qui si serui sunt, nihil gratius his præstari posse, quam libertatem, ideoq; præsidem debere sequi, voluntatem defuncti.* Ecce qualiter verbis illis directis ad seruos in eorum fauorem fit interpretatio, vt legata libertas videatur. Quod in vltimis voluntatib. passim obseruatur, vt constat ex Iaboleni responso *in l. Titia. 19. §. qui Marco ff. de ann leg.* Vbi, qui Marco certa annua præstabat, testamento ita cauit: *Domina sanctissima, scio te de amicis meis curaturam, ne quid his desit: verum tamen & Marco volo dari octingẽta*, quæsitum est, *an Marcus præstitis sibi ex causa legati octingentis, annuam quoque præstationem, antea dari solitam consequi debeat?* Et respondet Iabolenus, quod sic, ibi: *Respondi, nihil proponi, cur non secundum ea, quæ in consultationem collata essent, debeantur.* Sed vrget acriter in contrarium Scæuolæ responsum, *in l. generali. 32. in prin. ff. de vsu. & vsufr. leg.* quæ contrarium probat, vbi quidam in testamento suo ita adiecit: *Felici quem liberum esse iussi, vsumfructum fundi Vestiani lego, cuius proprietatẽ puto, te Felicem consequuturum, si non contenderis cum hærede meo, sed potius concordaueris: sed & tu hæres omnia facito, vt amici sitis. Hoc enim vobis expedit.* Quib. verbis, Felix, proprietatẽ, quasi sibi legatam petebat, quare dubium erat, *an viuente hærede exigere posset Felix fundi proprietatem.* Et subdit Scæuola: *Respondi, nihil proponi, cur Felici proprietas fundi legata videretur.* Sed cur tam varie? Difficilis sane & ardua est huius rei inuestigatio. Quare ex meis olim præceptorib. sub quorũ disciplina in inclyta Salmanticensi Academia iuris prudentiæ operam dedimus, doctissimus & excellentissimus I. C. Hector Rodriguez, summo cum iudicio intelligebat in eo responso *l. generali.* Scæuolã minime negare legatam felici videri proprietatem, quemadmodum & *in d. l. Paulus §. Paulus*, respondetur,

detur, legatā videri libertatem, & *in d. § qui Marco*, annuam præstationem: imo id pro constanti I.C. habuisse, solumq; dubitasse, *an illa in vita hæredis fo-ret præstāda, Felici hæredi, amico facto.* Et quamuis prima facie videbatur respondendum, proprietatem illi præstandā esse, in ira cum hærede amicitia, oppositum I.C. respondet, quia vsumfructum tantū Felici defunctus legauerat, vt ex prin. illius l. constat, ibi: *Vsumfructum fundi Vestiani lego.* Ex quo constat proprietatem penes hæredē manere voluisse ex regula *l. Maritus C. de procura. cap. nonne de præsumt.* idque ex verbis sequentibus, vtique magis constat, quibus testator de proprietate memor, illam habiturum legatariū credidit, si cum hærede non contenderit. Intelligens illam penes hæredem esse, nec ab illo inuito auelli posse. Qua ratione quod testator dixit, *cuius proprietatem, puto te Felicem consequuturum, si non contenderis cum hærede meo*, præceptor ille insignis dispositionem inducere dicebat post mortem tamen hæredis, cum quo pax, & amicitia perpetuo duratura, ineunda erat. Quapropter, ne quo modo præter, imo contra defuncti voluntatem, Felix rupta pace, proprietatem consequeretur, negauit I.C. viuo hærede, proprietatis petitionem, illam non negans post mortem hæredis. Deducebat vir doctissimus hunc sensum ex illis verbis legis, dum dixit I.C. *quæsitum est, an viuente hærede exigere possit Felix, fundi proprietatē?* Quibus plane docemur in eo tantum, quæstionē versari, *an statim viuo hærede sit Felici proprietas concedenda vel post illius mortem differenda præstatio, vt sic amicitia, perpetuo firma maneat, beneuolētiæ vinculo stabilita.* Hic sensus, & si viris præstantissimis arriserit, & communi scholarium applausu, exceptus fuerit, mihi omnino complacere non potuit, animaduertenti Iuteconsultum simpliciter negare in ea specie legatam videri proprietatem, ibi: *respondi, nihil proponi, cur Felici proprietas fundi, legata videretur.* Incongrua hæc certe verba fuissent, & incauta responsio si ex verbis defuncti colligeretur, proprietatem, post mortem hæredis, legatam fuisse.

36 Quamobrem † ego verius esse intelligo, in casu illius textus, testatorem vtriq; prospicientem magis consulendo, quam disponendo inter hæredē, & libertum Felicem pacem procurasse, & ne contenderent, monuisse hæredem, scilicet in illis verbis, *cuius proprietatem puto, te consequuturum, si non contenderis cum hærede meo*, & ibi dum dicit, *& tu hæres omnia facito, vt amici sitis:* Quibus plane monere voluit hæredem, ad gratiam, & pacem, cum Felice ineundam parui faciens fundi proprietatem daret, eamq; ea de causa Felicem monuit, vt potius haberet, quam cum hærede contenderet, quare optime subsequitur, statim illud quod defunctus subdidit, *hoc enim vobis expedit*, scilicet, in pace, & amicitia viuere: quamuis oporteat proprietate hæredem carere: Quæ verba quia consulendi gratia, prolata a defuncto fuere, dispositionem inducere non valent, & propterea simpliciter ait Scæuola, *nihil proponi, cur Felici proprietas legata videretur.*

37 Vnde † cauendum est a Cino *in l. 1 C. de falsa causa.* intelligente ideo in casu *d. l. Generali*, verba illa enunciatiua, non inducere dispositionem, quia fuerunt conuersa ad honoratum Felicem, dum testator dixit, *cuius proprietatem, puto te Felicem habiturum*, quod etiam voluit Picus, *in l. Titia, §. Titia ff. de lega. 2. n. 1.* Quæ interpretatio sedulo reiicienda est, quoniam iure nullo cauetur verba directa in personam honorati, impedire posse dispositionem, imo contrarium probat Iurisconsultus *in l. Paulus, ff. de fideicommiss. liber.* vbi verba fuerunt ad honoratum relata, & nihilominus inducitur dispositio & libertatis concessio.

Cauendum † est etiam a Bart. *in l. ex hac scriptura, ff. de donatio. col. 3. in fine*, resoluente tex. *in d. §. Paulus*, specialiter procedere fauore libertatis, quod etiā voluit Picus *d. §. Titia n. 2. & Peralta in l. Titia num. 3. ff. de leg. 2. pag. 398.* Quod vtriq; non minus abiiciendum est, si consideras, quod ibi I.C. sola defuncti voluntate nititur non libertatis fauore, vt ex illis verbis liquet, ibi, dum tex. dicit, *hoc in plena voluntate defuncti contineri*, & ibi: *ideoque præsidem debere, sequi voluntatem defuncti.* Quæ quidem voluntas sequēda necessario est, & si profana omnino sit dispositio, & a pietate longe aliena. *l. In conditionib. ff. de cond. & demonstr. l. Non aliter, ff. de leg. 3.* Quo circa quod *in d. §. Paulus*, habetur, libertatem legatā esse, & si secundum communes regulas, & traditiones procedat, minime obstat, dispositioni *d. l. Generali*, vbi negatur, proprietatem legatam esse, quia defunctus processit per viam consilii, non præcepti, seu dispositionis, quemadmodum processit in casu *d. § Paulus*: quæ mihi videtur vera decidendi ad illa iura ratio, verusq; & genuinus sensus. 38

Scimus † enim, quod ea, quæ de consilio nobis a superiorib. iniuncta sunt, necessitatem non inducunt, *Panor. in c. quanto de his, quæ fiunt, n. 5. Anchar. & Ioan. Andr. cap. 1. de constit. in 6. & ibi Crotus in repet. Host. & Card. in d. c. quanto*, habetur *in l. 2. in fin. ff. mandati*, ibi: *quia liberum est cuiquam apud se explorare an expediat sibi consilium*, & ibi notant glo. & Dd. communiter, *& in ca. cum olim de arbitris*, vbi est etiā bonus casus, *& in c. cum in veter. 5. 1. dist.* Ex quibus sine dubio dicendum est in casu *d. l. Generali ff. de vsufru. legato*, non fuisse proprietatem legatam, quia desecit in ea specie defuncti voluntas. qui magis consulere hæredi quam illum grauare voluit, quod aliquādo contingit, cum quis adulandi gratia magis, quam donandi, inquit, *de meis reb. dispone pro libito*, quæ verba nullā prorsus inducunt dispositionē, *c. cum venissent de inst. l. Ex his, C. de testa. mil. & in l. fideicommissa, §. hac verba, ff. de leg. 3. ib: & prædia, quæ ad te peruenerint pro tua diligentia diliges, & curam eorum agas, vt possint ad tuos filios peruenire.* Quæ verba I.C. asserit, quia consultiua sunt necessitatem, ea liberis relinquendi, legatario non afferre: Ex quibus procul dubio contra Petrum & Cinum supra citatos resoluendum est, interpellatum debitorem non esse, cui creditor simpliciter dixit se pecunia credita indigere. 39

Nec † obstat tex. *in l. Si quis mihi bona, versi pater, ff. de acquir. hæred.* cuius verba ex suprascriptis, licet sint consilii non præcepti, tamen quo ad casum illum, in quo agitur de consensu patris adhibendo, in additione hæreditatis, filia delata, sufficiunt. Certi enim iuris est eum, qui consuluit aliquid, vt agam, consensum mihi præstitisse agenti, maxime in patris præiudicium, qui filio cōsuluit, vt adiret, nam cum ipse potuerit, planius mentem suam explicare, & tacuit, sibi debet imputare, *l. veteribus, ff. de pactis.* Quæ ratio, in creditore volente, debitorem in mora constituere, econuerso latere mi- 40

litat, & viget, vt similiter contra eum fiat interpretatio, qui tam succincte & obscure loquutus est: ad quam rem videndus est Igneus, qui diffuse loquitur in sua dispositione, *an Rex Franciæ an 64.* vbi Romanum citat *sing.* 155. & Matthes. 186.

41 Ex quibus, † si recte consideras, etiam in vltimis voluntatibus, verba enunciatiua non disponunt, si incidenter propter aliud proferantur, *l. Cum tale, §. fin. ff. de condit. & demonstrat. l. ex facto, §. agitatum, ff. de hered. instit. l. Ex his verbis, C. de testa. mil.* quibus iuribus hæc regula negatiua construitur, quam ibi multifariam interpretes explicãt, & fallentiis 8. exornat Rogec. *in d. l. Ex hac Scriptura 16. ff. de donat. au. 32.* Vbi *n 45.* aliam ponit regulam affirmatiuam, quod hæc verba enunciatiua propter se principaliter emissa disponunt, & 8. similiter limitationibus declarat. Ad materiam igitur, quam tractamus, nonnulla sunt breuiter enarranda: ad quorum cognitionem, imprimis inquirere oportet, quæ dicantur in iure nostro, verba enunciatiua, item etiam, quæ dispositiua.

42 Bald. † *in l. 1. C. de falsa causa col. 2. vers quæro quid,* vtiliter docet, verba enunciatiua illa esse, quæ per se non stant, sed incidenter proferuntur propter aliud, quare explicate voluntatem proferentis non continent, quamuis enuncient. In quo differunt a verbis dispositiuis, quæ per se sola stant, & voluntatem proferentis continent, per orationẽ scilicet perfectam, non indigentem aliquo enunciato, *tradit Paris. libro primo, consil. 117. num. fin. & consilio octuagesimo secundo, numero septuagesimo sexto, cum seq. eodem libro,* & *libro secundo, consil. 26 num. 123. & lib. 3. consil. 77. num. 34. Camba. de clausulis. verbo dedit, pag. 202. Alex. lib. 3. consil 82. num. 21. Afflict q. 83. n. 2. & 5. & q. 245. & 285 in fin. & 337.* Quamuis aliter Paulus *lib. 1. cons. 406. n. 2.* loquatur, dum dicit, verba dispositiua esse prolata per tempus præsens, veluti *dono, lego.* Enunciatiua vero, quæ per tempus præteritum proferuntur, veluti *donaui, legaui, &c.* quæ intelligit dispositiunem non inducere. Ceterum Alex. *lib. 6. cons. 190. nu. 29.* fere concordat, resoluens, dispositiua verba illa esse, quæ de præsenti disponunt per verbũ nempe temporis præsentis, enunciatiua vero, quæ enunciant aliquid de præterito aut futuro. Paulus tamen de Munte Pico, *in l. Titia, §. Titia, post n. 2 ff de leg. 2.* resoluit, dispositiua illa verba esse, quæ sunt prolata ad disponẽdum, veluti cũ dicit, *lego, dono, eligo, relinquo,* enunciatiua vero. quæ ad disponendum non sunt apta, vt *credo, te habiturum proprietatem, si cum herede meo nõ contenderis.* Sequitur adidem Crotum citanš Mencha. *lib. qq. illu. c. 30 post n. 8.* quæ omnes declarationes fere ad idem tendunt. Et quia passim distinguitur inter verba enunciatiua propter se vel propter aliud emissa, sciendũ est, illa dici emissa propter se, quæ enunciant illud idem, de quo principaliter non agitur, dicuntur propter aliud prolata, vt declarat Bald. *in l. Si voluntate post prin. C de fideicomm. liber & cons. 263. n. 3. lib. 1. Iaso. in l. Is qui, n. 1. C. de testam. mil.* quamuis aliud intelligat Aretin. *cons. 23. numero octauo.*

43 Quæ vtilis † inuestigatio est, quia passim auctores nostri distinguunt inter verba enunciatiua, propter se principaliter, vel propter aliud emissa, illis concedentes vim & effectum disponendi, his vero negantes, *vt habetur in locis supra citatis, & tradit Bart. in l. Ex hac Scriptura, ff. de donatio. & in l. Conficiuntur. ff. de iure codicillo. Alex in l. Qui separatis, num. 7. C. vnde lib. Iaso & Decius in l. ex his verbis, C. de testam. mili. Hippo. sing. 442. Rota. 271. in antiquis, & 696. plures alii, quorum meminit Beninca. in proœm. iustit. de actio. nu. 249.* quibus adde Ias. *in l. Seruo electione, ff. de leg. 1. n. 36. Ias. l. 1. num ff. de noui operis nunci.*

Vnde ego † aliquando vtiliter in praxi respon- 44
debam, nominatum dici ad emphyteusim filium, cuius pater in testamento ita cauit, *quod attinet ad talem emphyteusim iam nominaui filium meum Antonium.* Dicebam enim hæc verba, enunciatiua esse, propter se tamen principaliter emissa, & propterea dispositionem inducere, & consequenter nominationem in fauorem Antonii, cui tanquã nominatio, emphyteusim ad iudicandam dicebam, licet de enunciata nominatione, aliter non constet. Monebat ex eorum auctoritate, quos supra retulimus: credebamque in specie, de hoc esse casum, *in l. Ex hac Scriptura, 16 ff de donat.* vbi I. C. Vlpianus in hæc verba. *ex hac Scriptura, sciant heredes mei, vestem vniuersam, ac res ceteras, quascunq; in diem mortis meæ, mecum habui illi & illi libertis meis, viuum donasse. Dominium ad libertos benigna interpretatione, pertinere dicimus.* Quo responso docemur, eum, qui testamento asserit, se viuum, mihi rem aliquam donasse, videri denuo, quatenus opus est, legare, & propterea ad me dominium rei, tanquã legatæ pertinere, ex regula, *l. a Titio ff. de furtis.* Consonat Imperator in *l. Si donatio. C de donat.* vbi *non ambigitur, liberalitatem testatoris, vim legati obtinere, licet de donatione non constet.* Et est in promtu manifesta ratio, quia per illa verba, quibus defunctus testatur se donasse, vtiq; constat voluisse, donationem a se viuo factam confirmare. Quocirca inducitur donatio de nouo, & si nulla præcesserit, *Iaso. post alios in l. More, num. 34. ff. de iurisd omni. iudi. & in l. 3. ff. de acqui. poss.* vbi ex actu continuationis & confirmationis nuliter acquisitæ possessionis inducitur noua possessionis acquisitio, iusta, & valida. Quo argumento, idem est dicendum in donatione & emphyteusis nominatione, vt dicatur de nouo facta ab eo, qui enunciatiue testatur, se iam donasse, aut ad emphyteusim nominasse, quod confirmari recte potest, ex auctoritate Bald in pluribus locis relatis ab Afflict. *in c. 1. qui success. tene. n. 23.* vbi firmat idem & probat Decius, *consil. 184. num. 8. & 9.* qui loquitur quando enunciatur actus a principio nullus, & nihilominus, quasi de nouo factum, illum defendit.

Dicebam † prætetea hanc sententiam non pa- 45
rum fouere, quod etiam aliquando interrogatus respondi, nominationem emphyteuticam a patre semel in fauorem filii factam, reuocabiliter tamen, reuocatam sine dubio censeri, si ita pater caueat, *ad emphyteusim quam habeo, ex filiis meis nullum nominaui vnquam,* per quæ quidem verba inducitur reuocatio donationis causa mortis, si ille dicat, se nunquam donasse, vt est tex. *in l. Verba, C. de testam.* vbi id notant Bald. & Salic. post Cinum, quem sequuntur omnes secundum Alex. ibi licet repugnet, & perperam glo fin. concordat Iaso ibidem in fine *l. præcedentis,* & Rogerius *in d. l. Ex hac Scriptura, num 57. fallen 6.* qui tamen ex Dialecticorum auctoritate dubitat, quia negatiua assertio secundum illos non ponit.

Deniq;

Denique mouebar eorum auctoritate qui negant verba d. *l. ex hac scriptura*, esse enũciatiua, cum sint propter se emissa, & per se sola, voluntatẽ loquentis perfectam enuncient, quæ dicuntur verba dispositiua, vt explicant Bald. Paris. & alii quorum meminimus *supra num. 42.* Secundum quem sensum dicebamus, intelligendam esse, *l. 1. C. de falsa caussa adiecta legato.* vbi scriptum est, valere dispositionem, qua defunctus testatur debitum, sibi viuenti fuisse solutum, licet re vera id minime contigerit. Videtur enim in hac specie legata liberatio, quod & in *l. 4. illo titu.* probatur ibi, *aut dote non reddita testamenti verbis tutus es, quibus se recepisse dotem socer tuus significauit:* sic etiam dicebam, procedere notata per omnes, *post gl. 2. ibi in d. l. 1. C. de falsa causa. Bart. & Dd. in l. Lucius, 90. §. quisquis. ff. de leg. 2. & in l. demonstratio falsa. ff. de cond. & demonstrat.* vbi *quæst. 3.* Bart. notabiliter resoluit, valere legatum aureorum 100. quæ mihi restator, quasi debita legat, licet nunquam debita fuerint, *sequuntur ibi Dd. & in l. Si sic. §. 1. ff. de leg. 1.*

46 Vltimo † dicebam, ex his verbis enunciatiuis, sine dubio probari, factam fuisse, in fauorem filii, nominationem: qua ille defendi recte potest. vt plane I.C. docet, *in l. Publia. 26. §. fi. prope finem, ff. depositi*, vbi postquam statuit, verba enũciatiua, quibus ego dixi, *depositum me habere saccum signatum, & quadam alia, qua tua sunt*, nullam inducere dispositionem, & consequenter, nec obligationem, subdit, *sed probationem depositarum rerum impleri posse*, quod fuit singulare dictum Innoc. *in c. cum delictus, de successio. ab in test.* vbi *Barbat. & Anton. in c. fi. de confessis. tradit Corsetus in singu. verbo. confessio. versi. si scriba. Guido pape. q. 176.* Ex quibus certe hæc videtur sana, & tenenda sententia.

47 Cui † minime refragatur tex. *in l. Titia. 35. ff. de legat. 2.* vbi Titia Mæuiam, & Sempronium filios, hæredes scripsit, Mæuiamque rogauit, vt propriũ seruum manumitteret: ea ratione, quod plures alios seruos, illi erat relictura: quos cum non prælegasset, filia seruum proprium manumittere recusauit. Ex parte serui manumittendi opponebatur, verba illa, & si videantur enunciatiua, dispositionem inducere, ex regula *d. l. Hac scriptura. 16. ff. de dona. cum aliis supra allegatis*, & nihilominus I. C. respondet, Mæuiam neq; seruos petere posse, nec suum manumittere compelli, quamobrem ibi videtur esse casus ex diametro pugnans, cum *d. l. ex hac scriptura*, & aliis supra adductis.

48 Cui † difficultati, gloss. *verbo, nec legati, in d. l. Titia*, satisfaciens ait, *d. l. ex hac scriptura*, procedere, quando verba enunciatiua, sunt concepta per tẽpus præteritum, veluti, quia dixit testator, *attento quod tibi talem rem viuus donaui.* quæ verba dispositionem inducunt, vt saltẽ de nouo, ille donet, seu leget, non sic, quando per tempus futurũ illa verba sunt concepta, quemadmodũ contingit, *in d. l. Titia*, vbi Mæuia fuit grauata, seruũ manumittere, attẽto quod mater, plures alios, illi erat legatura: quod cum non fecerit, induci non potuit, noua dispositio: siquidẽ multa contingere possunt, propter quæ, mater noluerit prælegare. Quæ ratio cessat, quando verba fuerunt concepta, per tẽpus præteritum, secundum quem sensum per *d. l. Titia*, limitantur supra scripta, vt non procedant, quando verba enunciatiua, sunt concepta, per verbum futuri temporis, veluti, *legabo, donabo, relinquam, eligam, &c.* vt in casu notabili resoluit Paulus *consil. 137. num. 2. lib. 2. idem Paulus d. l. Titia, num. 3. & Peralta nu. 2.* pro quibus facit bonus tex. *in iam citata l. Generali. 3t. in princ. ff. vsufruct. legat.* vbi ex illis verbis, *Spero proprietatem te habiturum, si cum herede meo non contenderis*, non dicitur res legata, facit *& l. Iulianus. 68. §. 1. ff. de legat. 3.* vbi similiter sermo fuit cõceptus, per verbum futuri temporis, & negatur induci fideicommissum, vt constat ex Iureconsulto ibidẽ, *ex his verbis, curate agros, accendere, & ita fiet, vt filius meus, filios vestros vobis condonet, fideicommissum peti non posse*: quibus quidem iuribus, iustificari prędicta limitatio, posse videtur.

Sed contrarium, obseruandum est, per text. ad id notabilem *in l. vnum ex familia. 69. §. fin. ff. de leg. 2.* vbi maritus, ita testamento cauisse fertur, *non dubito, quæcunque vxor a me hæres instituta, accepit, liberis suis esse relicturam*, & nihilominus ex Diui Marci rescripto, Iureconsultus respondet, *pro fideicommisso, ea verba accipienda esse*, & in fine, ibi, *cum sermonem, pro fideicommisso, rescripsit accipiendum*, adducit I. C. non parui faciendam, huius responsi rationem, *ne honor bene transacti matrimonij, fides etiam communium liberorum, decipiat patrẽ, qui melius de matre præsumpserat.* quo argumento Scæuola *in l. Pamphilo. 37. in princ. ff. de leg. 3.* respondet libertum (cui patronus, postquam plura legauit, hæc verba adiecit, *Scio omnia, quæ tibi Pamphile relinquo, ad filios meos peruentura, cum affectionem tuam, circa eos, bene perspectam habeam*) fideicommisso teneri, & ad restitutionem obligari, quamuis per verbum, temporis futuri, sit ea oratio concepta.

Hanc † difficultatem, & iurium antinomiam, interpretes nostri conciliare, elaborantes, intelligunt, verba ista, per tempus futurum pronunciata, tunc demum inducere dispositionem, quando sunt relata ad grauatum, quemadmodum cõtingit, *in d. §. fin. l. vnum ex familia*, vbi verba, fuerunt, ad vxorem directa, & *in d. l. Pamphilo.* vbi, non sic, si dirigantur ad fideicommissarium, vt in iuribus contrariis vsu venit. Ita respondet gloss. *in l. Peto. in princ. verbo, ab his. ff. de legat. 2. & ibi Bart. num. 4. Bart. etiam, Cuman. & Imola in d. §. fin. l. vnum ex familia. Idem Bart. in d. l. ex hac, num. 8. ff. de donat. & ibi Roman. num. 5. Bald. num. 20. & ibi Corneus colum. 2. in l. 1. C. de fals. caussa adiecta legato. Paulus l. 1. num. 13. ff. leg. 1.* Secundum quem sensum, procedat etiam tex. *in l. etiam hoc 118. ff. de leg. 1.* vbi per hæc verba, *Cupio, vt des, opto vt des, Credo te daturum*, fideicommissum inducitur, & ibi adnotauit Imola, quod verba fuerunt ad grauatum directa. Ita procedit etiam tex. *in l. fideicommissa. 11. §. hæc verba. ff. de leg. 3.* vbi hæc verba fuerunt, a testatore prolata: *Te fili rogo, vt prædia, quæ ad te peruenerint, pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas, vt possint, ad filios tuos peruenire*, & iniunctũ esse fideicommissum, ibi, Vlpianus respõdit, quia verba fuerunt, ad grauatum directa, secundum quem sensum, illum tex. citat Roman. *sing. 153.* intelligens, hanc necessario, constituendum esse differentiam, inter verba directa, ad grauatum, & honoratum, ad quem etiam sensum, est reducendus Decius *consil. 23. nu. 4.* dum prædicta iura citat, aliter eorum mentem non explicans. 49

Ego † autem, vt libere dicam, huic sensui, & interpretationi, vix vnquam accedere potui: anim- 50

aduerto enim hæc Iureconsultorum responsa, be-
nigna quadã interpretatione, procedere: ne quo
modo, defuncti voluntas decipiatur, qui maiora
multo a grauato hærede spetabat, & propterea
non est vsus verbis directis, & plane fideicõmis-
sum inducentibus, intelligẽs id minime necessa-
rium fore, vt plane liquet, ex verbis dictorum iu-
rium, quibus clare docemur, secundum iuris no-
stri traditiones, cessare prorsus in illis speciebus,
fideicommissi onus, nisi mẽtem defuncti insecu-
tus D. Marcus Imperator, veliter oppositum re-
scripsisset. Perpende quæso, & perlege verba tex.
in d.l. vnum ex familia. §. fin. ff. de leg. 2. quæ sic sese ha-
bent. *Item, Marcus Imperator rescripsit verba, quibus te-
stator ita cauerat, non dubitare se, quæcumque vxor eius,
heres instituta cepisset, liberis suis reddituram, pro fidei-
commisso accipienda.* Intelligunt auctores nostri, id
procedere, quia verba fuerunt directa, in vxorem
hæredem scriptam, ibi, *redditurã liberis*, & proin-
de oppositum fore respondendum, si verba diri-
gerentur ad liberos, verbi gratia, *non dubito, quin
quæ a me scriptus heres habet, liberi mei post mortem eius
consequantur.* Quæ est scribentium, communis, &
recepta traditio, ad illum tex. quam ego facile cõ-
cederem, nisi ibi Iureconsultus, rescripti imperia-
lis mentem, & rationem descripsisset, docens lon-
ge diuersa, Imperatorem fuisse ratione motum:
Perge igitur lege. d. §. fin. sequentia verba: *quod re-
scriptum, summam habet vtilitatem, ne scilicet honor,
bene transacti matrimonij, fides etiam communium libe-
rorum, decipiat patrem, qui melius de matre præsumserat.*
Ecce rationem, qua Imperator motus, contra iu-
ris regulas, & præcepta voluit in dictis verbis e-
nunciatiuis, seu exhortatiuis, inesse fideicommis-
sum, ne quo modo, debita confidentia, quam de
matre erga filios habebat, fraudaretur, deceptus-
que maneret, qui propterea vrbanius agẽs, quam
oportuit, plane fideicommissum non iniunxit.
Tantum abest, vt dicere possimus, illud respon-
sum procedere, quia verba fuerunt relata, ad i-
psam vxorem grauatam, qua certe ratione, si mo-
tus fuisset imperator vtique superflue, & incaute
Iureconsultus adiecisset, illa verba, *ne scilicet, ho-
nor bene transacti matrimonij, &c.* Denique non sta-
tim decuisset, Imperatoris rescriptum, magis
mentem, quam verborum tenorem circumspe-
xisse. Illa enim ad fideicommissum, vxorem, se-
cundum communes traditiones, minime adstrin-
gebant. Siquidem exhortatoria magis, & consul-
tiua, quam præceptiua erant, vt ex verbis *in d. §.
fin.* statim sequentibus liquet, ibi, *& idem princeps
prouidentißimus, & vir religiosissimus, cum fideicom-
missi verba, cessare animaduerteret, eum sermonem, pro
fideicommisso, rescripsit accipiendum.* Non potuit, meo
quidem iudicio, Iurisconsultus faciliori metho-
do, & verborum conceptione, rescripti mentem,
& sensum explicare, quo doceremur, in specie ibi
proposita, secundum iuris præcepta, immunem
fideicommissi onere, vxorem fuisse, quia verba,
dispositiue prolata non fuerunt, quod animad-
uertens Imperator (*vt inquit Iurisconsultus*) proui-
dentissimus & religiosissimus, voluit, nihilomi-
nus dicta verba pro fideicommisso haberi, ne spe,
& fide, erga filios concepta, defunctus pater, de-
ceptus maneret, quæ prouida fuit interpretatio,
& erga parentem piissima, & religiosissima, quod
vt significaret Vlpianus, prouidentissimum & re-
ligiosissimum hac in re Imperatorem nuncupa-
uit, quæ omnia proculdubio, immerito tradita
fuissent, & tam sedulo scripta, si quod Dd. com-
muniter intelligunt, verum fuisset, scilicet, fidei-
commissum iniunctum fuisse, quia verba fuerũt,
ad vxorem grauatam, directa: satis enim erat id
vnico verbo significare.

Videamus † modo, an etiam communis ille 51
sensus, & scribentiũ interpretatio, conueniat ver-
bis, *l. Pamphilo. 39. in prin. ff. de leg. 3.* quam similiter in
eundem sensum expendunt, & proculdubio re-
spondebimus, quod non. Ibi enim Scæuola, hanc
proposuit speciem, Pamphilo liberto meo, hoc
amplius, quã codicillis reliqui, centum dari volo.
Deinde testator hæc adiecit verba, *scio omnia, quæ
tibi Pamphile relinquo, ad filios meos peruentura, cum af-
fectionem tuam, circa eos, bene perspectam habeam*, quæ-
rebatur *an ne his verbis, videatur fideicommissum Pam-
philo iniunctum?* Et respondet I C. *secundum ea quæ
proponerentur, non videri quidem (quantum ad verba
testatoris pertinet) fideicommissum Pamphili, vt centum
restitueret.* Ecce qualiter Iureconsultus docet, fi-
deicommissum iniunctum, non videri, quamuis
verba ad grauatum dirigantur. Id enim, ad rem
minime facit, cum verba dispositiua non sunt.
Nihilominus tamen, ne quo modo, tanta defun-
cti spes, fides, & confidentia erga filios, decepta
maneat, & fucum in re tam seria patiatur, I. C.
placuit, ad exemplum rescripti D. Marci, de quo
in d.l. vnum ex familia. §. fin. fit mentio, fideicom-
missum Pamphilo iniungi, quo, ad relictorum
restitutionem, post mortem constringatur, vt pa-
tet ex verbis Scæuolæ, statim sequentibus, ibi,
*Sed cum sententiam defuncti, a liberto decipi, satis in-
humanum sit, centum ei relicta filiis testatoris, debere re-
stitui: quia in simili specie, & Imperator noster Diuus
Marcus, hoc constituit.* Verba sunt Scæuolæ, qui-
bus absque dubio, docemur, benigna interpre-
tatione, illud receptum esse, non ex eo, quod ver-
ba, ad grauatum fuere directa: quod vt prædi-
ximus, ad rhombum non facit: nisi concurrat,
sanguinis illa coniunctio, & necessitudo, quam
erga descendentes habemus: atque grauati, er-
ga eosdem, amoris tanta spes, fides, & confiden-
tia, quanta contingit in casu d. *l. vnum ex familia.
§. fin. & in d. l. Pamphilo.* Quod ita videtur agno-
uisse Imola *d. l. ex hac scriptura*, sibi parum constans,
vt ibi per Rogerium num. 60. cum sequent. fallen. 9. vbi
in argumentum huius sententiæ quæ commu-
nem offendit, adducit tex. in *l. Paulus. § Paulus. ff. de
fideicommiss. liber.* vbi verba fuerunt ad fideicom-
missariũ directa, & nihilominus indu¢ere dispo-
sitionem, palam est, *vt iam supra adnotauimus nu. 37.
& 38.* reiicientes Bart. solutionem, qui voluit il-
lum tex. specialiter procedere, fauore libertatis,
non attẽdens, quod ibi Iureconsultus secundum
mentem & voluntatem defuncti processit, quare
Bart. interpretationem, Rogerius in d. loco o-
mnino non probat.

Verius † igitur est, quod iura supra scripta, be- 52
nigna quadam interpretatione procedunt, ne
defunctus decipiatur, qui nisi de hærede grauas-
to, tantum confidisset, apertius locutus fuisset,
& fideicommissum induxisset, in fauorem libe-
rorum, quibus ex voto omnia parare, ad vitã per-
agendam,

agendam, necessitate naturali compellimur, *l. Scripto, in fine. ff. vnde lib. l. cum ratio, ff. de bonis damnat.* Quocirca non sine misterio in dictis iuribus, species proponitur, in grauamine iniuncto, in fauorem filiorum defuncti.

53 In † qua etiam specie, expendendum, est loqui Vlpianum, *in l. fideicommissa. 11. §. hæc verba. ff. de legat. 3.* vbi pater filium hæredem rogauit, vt prædia diligeret, & eorum curam ageret, vt possint ad eius filios peruenire, eiusdem testatoris, nepotes. Quæ verba, & si dispositiua non sint, nec fideicommissum exprimant, quippe consilium magis, quam necessitatem continent, relinquendi, subdit Iureconsultus, *tamen ea prædia in nepotibus. post mortem patris eorum, vim fideicommissi videntur continere:* quod vtique filiorum fauor, & spes paterni amoris, & affectionis, quam defunctus de filio erga nepotes habebat, induxit contra verborum rigorem, qui inesse fideicommissum negabat, iuxta *l. Generali. ff. de vsufruct. legato,* vbi, quia verba fuerunt, per viam consilii prolata, in fauorem extranei, cessat fideicommissi iniunctio, vt iam supra explicauimus *num. 35. versi. cum tamen oppositum.* Sed contrarium in specie *d. §. hæc verba,* I.C. probat, obseruandum in fauorem liberorum, ex ratione de qua sup. quod quidem agnouisse Corrasius mihi visus est, *in lib. 2. Miscellan. cap. 19. num. 11.* intelligens, filiorum fauorem pondetãdum esse, in casu *d. l. vnum ex familia. §. fin. cum similibus ff. de legat. 2.* vt sic verba consilium significantia, in præceptiua resoluantur, cum id filiorum fauor postulat, quod sine dubio, dispositioni d. §. hæc verba, maxime conuenit.

54 Ex † quibus (ni fallor) hæc ita resoluenda difficultas est, quod verba enunciatiua, temporis futuri, directa ad hæredem, seu grauatum, dispositionem, & fideicommissum, in dubio inducunt, ex tacita, & verisimili defuncti voluntate, qui aliter tacuisset, nisi grauare hæredem voluisset, secundum quod procedit Vlpiani respõsum, quod omnem respuit cauillationem, *in l. etiam. 118. ff. de leg. 1.* cuius hæc sunt verba, *etiam hoc modo cupio, vt des, opto vt des, credo te daturum: fideicommissum est,* vides quam plane, in eo loco I.C. docet, fideicommisso minime obesse, quod verba per tempus futurum, ad hæredem dirigantur, & satis esse quod mens non repugnet loquentis intentioni, vt ex illis verbis, *desidero, opto, credo, spero te daturum,* inducatur grauamen. Concordat Neratius *in l. & eo modo. 118. eod. titu. ff. de leg. 1.* cuius hæc sunt similia verba: *Et eo modo relictum, exigo, desidero, vt des, fideicommissum valet. Sed & ita, volo hæreditatem meam Titij esse, scio hæreditatem meam restituturam te Titio.* Ex quibus sine difficultate, respondendum est, etiam per verba futuri temporis, grauantem videri hæreditatem alii dare.

55 Quod † sane intelligendum est, vbi verba enunciatiua, sunt simpliciter emissa, quemadmodum d. iura loquũtur, non sic, vbi verba, per viam exhortationis, & consilii prolata fuerunt, quia tunc dispositionem non inducunt, *d. l. Generali. ff. de vsufruct. legat. l. Iulian. 66. §. 1. de leg. 3.*

56 Sed † hoc sublimitandum est, nisi concurrat filiorum fauor, & defuncti deceptio, quæ huiusmodi verba consilii, & exhortatoria, in dispositiua conuertunt, *l. vnum ex familia. §. fin. ff. de leg. 2. & l. Pamphilo. in princ. ff. de leg. 3. & l. fideicommissa. 11. §. hæc verba eod.* Sed obstat nobis text. *in l. Pater. 38. § pen. ff. de leg. 3.* vbi pater cum filios hæres scripsisset, ita cauit, *prædia, quæ ad eos, ex bonis meis peruentura sunt, nulla ex caussa alienent, sed conseruent, successioni sua, deque ea re inuicem sibi caueant,* quæsitum fuit, *an ex ea verborum conceptione, iniunctum fuisset fideicommissum, vt sic relicta prædia intelligi debeant?* & respondet I.C. *nihil de fideicommisso proponi.* Ecce qualiter in fauorem successionis, & sic liberorum, quorum proprie est succedere, fuit ab auo interdicta prædiorum alienatio, & nihilominus respondetur, nihil de fideicommisso proponi, gloss. ibi, hanc perpendens difficultatem, respondet. Verum esse, quod IurisConsultus ait, nihil de fideicommisso proponi, secundum verborum rigorem, secundum quem nihil prorsus est, de fideicommisso tractatum, quod etiam IurisConsultus fatetur, verum esse, in *d. l. vnum, ex familia. §. fin de leg. 2. & in d. l. Pamphilo. de leg. 3. vt supra adnotauimus.* At secundum mentem, & intentionem testatoris (inquit gloss.) non negat, in eo loco Scæuola, sermonem pro fideicommisso habendum, quemadmodum habetur *in d. §. fin. & in d. l. Pamphilo.* per quas glossari, & suppleri necessario debet, Scæuolæ responsum, *d. §. pen. l. Pater.* vt solum procedat, secundum verba, non secundum mentem, secundum quam piissimus Imperator D. Marcus rescripsit, sermonem, pro fideicommisso habendum esse, quam glo. interpretationem sequuntur Cynus, & Oldr. ibi, Dynus, Raine. & Alber. Ex quorum auctoritate Socin. *lib. 2. cons. 249. num. 19. versi. postremo,* hanc dicit communem sententiam esse, & omnino tenendam. Sequitur illum Decius *cons. 425. ante nu. 8.* inducit Socin. *in d. loco,* in fauorem interpretationis glo. præfatæ, tex. notabilẽ *in eadem. l. Pater. §. fundum.* vbi fundum Titianum pater filio legauit, addere adiecto, ne venderet, aut aliter alienaret, dum viueret, aliter ad fiscum pertineret, & ita fieret, ne a suo nomine vnquam exiret: intellexit Socinus ex illis verbis, inductum esse fideicõmissum, in fauorem eorum, qui sunt de familia, secundum quod habetur *in d. l. vnum ex familia. §. sed & si fundum. ff. de leg. 2.* vbi illa verba, *peto ne fundus exeat de familia* inducunt fideicommissum, inter omnes de familia. Qua ratione in casu *d. § pen.* admittendum est, fideicommissum inesse, secundum mentem: licet absit, secundum verborum cõtexturam. Citat etiam Socin. textum *in d. l. Pamphilo. & d. § fin. l. vnum ex familia.*

Ego † sane, vix valeo hanc interpretationem probare, cum aduerto Scęuolam, *in d. l. Pater. § pen.* tam serio, & simpliciter respondisse, nihil de fideicommisso proponi, quod vtique minime dixisset, si mente saltem, fideicõmissum iniunctum a defuncto fuisset. Qua ratione dicendum est, quod in eo. *§. pen.* absolute nullũ adest fideicommissum, aliter quemadmodum Scæuola. *d. l. Pamphilo* docuit, in simili specie, secundum verba cessare fideicommissi onus, non secundum mentem, *in eo. §. pen.* idem sciuisset explicare. 57

Quapropter dicas oportet, quod in casu d. §. *pen.* cessat fideicommissi quæstio, quia interdictio alienationis, de qua ibi, in filiorum tantum fauorem, non familiæ fuit adiecta, *vt ibi Bart. adnotauit.* Qua ratione verba, de quibus ibi, resoluuntur, in

vim consilii, non præcepti, vt nominatim respondet Socinus, *lib. 2. consil. 249. ante num. 17. & num. 18. vers. 13.* oppositum resoluens, si verba forent geminata, aut qualificata, vt necessarium præceptũ inducerent, vt contingit, quando est adiunctum verbum, *omnino*, aut quid simile, vt *ibi per eum.* Secundum quem sensum ille text. solum probat, quod per verba consultiua, & exhortantia non inducitur fideicommissum, vt iam supra diximus. Sed non satisfacit. quia illa verba, *non alienent, sibi caueant, suæ successioni conseruent*, quibus vsus est testator in *d. §. pen. l. Pater. de leg. 3.* præceptiua sunt, non consultiua.

58 Nec † mouere possunt me I. C. verba in *l. cum pater. 79. §. mando. ff. de leg. 2.* quam in confirmationem suæ sententiæ, eo loco Socinus citat *num. 18. vers. 3.* quoniam ibi negatur fideicommissi onus, quia defunctus plane docuit, se tantum consulere velle, quod iam diximus, necessarium esse, vt possimus dicere, quod verba sunt consilii præstandi gratia prolata: quod verũ esse ex verbis d. §. *mando.* plane deducitur, ibi, *Mando filiæ meæ, pro salute ipsius, vt quoad liberos tollat, testamentum, non faciat: ita enim poterit sine periculo viuere.* Hæc verba consilii proprie esse nemo ambigit: quare mirum non est, si non inducant fideicommissum, tum maxime, quia ibi de sola filiæ hæreditate, defunctus meminit, non de sua, vt ibi Iurisconsultus probat.

Vnde aliter ad illum §. *pen.* respondere licebit, nempe quod in casu illius tex. testator solum iussit, prædia conseruari successioni filiorum: quod verbum generale est, etiam extraneos successores comprehendens, *vt in d. consil. 249. num. 18.* Qua ratione optime I. C. respondit, eo præcepto, non contraire, qui extraneum hæredem instituit, secundum quem etiam sensum, ille text. ad rem non facit.

59 Vlterius † antequam ad alia progrediamur, operę precium duxi, optimum lectorem admonere, aduertat ad verba Socini *d. consil. 249. num. 19. versi. postremo,* vbi notabiliter probat, quod in casu *d. l. pater. 36. §. fundum, ff. de legat. 3.* fideicommissi obligatio datur, propterea quod ibi defunctus dixit, *ita enim fiet, vt fundus Titianus de nomine nostro nunquam exeat:* ex his quæ Socinus ibidem, & Decius late *consil. 425.* tradit.

Quem ego sensum, ad eam legem *Pater. § fundum,* non sum probare solitus. Animaduerto enim ibi testatorem, solum interdixisse filio, ne dum viueret, alienaret, vt ex princ. illius tex. liquet ibi, *quoad viueret, vetuit venundari.* Qua ratione non interdixit, posse testando, & sic post mortem posse, illud prædium alienari, vt in fine I. C. ait ibi, *respondi hoc, ex voluntate defuncti colligi posse, scilicet, filium quoad viueret, alienare, vel pignorare non posse, testamenti autem factionem, in eo fundo, in extraneos etiam hæredes, habiturum.* Non enim dicitur patris voluntati resistere filius, qui testando de re disponit, etiam in extraneorum fauorem, quam ne viuus alienaret, pater vetuit. Quamuis enim testamentum viuens faciat: in eo alienatio facta post mortem dicitur, *gloss. in l. 2. C. de testam. tute. Bart. consil. 76. num. 4. lib. 1.* Sed obesse videntur illa verba, *vt fundus Titianus de nomine nostro nunquam exeat.* Quibus extendi prohibitio posse videtur, vt comprehendat etiam alienationem, post mortem, factam, ex regula *l. cum pater. 79. § dulcissimis. ff. de legat. 2.* vbi ex ratione expressa, posse ampliari d. ctum, habetur. Quo argumento potuit forte moueri Socinus. Sed non meminit quod Bart. ibi notabiliter, respondet, illa verba enunciatiua esse, illius euentus, quem testator prætendebat, ex interdictione alienationis fundi, qui si alienaretur, in familia, sine dubio permansisset, quare inducere dispositionem non valent, & consequenter fideicommissum, ex regula. *l. Iulianus. 66. §. 1. eod. titu. de legat. 3.* & propterea nec prohibitionem de non alienando implicare, ex quibus cauendum est a Socino *in d. loco.*

Diximus † supra *num. 48.* verba enunciatiua, per verbum futuri temporis prolata, dispositionem non inducere, per tex. *in l. Titia. 34. ff. de leg. 2.* vbi mater filiam Mæuiam rogauit, vt seruum manumitteret, per hæc verba, *a te autem, Mæuia filia mea charissima, peto, vt Stichum seruum tuũ manumittas, quum in ministerium tuum, tot capita seruorum, tibi his codicillis legauero.* quæ cum non fuerint legata, respondet I. C. filiam, mancipia petere non posse, neq; seruum suum manumittere, compelli posse, quia illa verba, cum sint enunciatiua, & temporis futuri, disponere non potuerunt. Contrarium tamen omnes probant, quando verba fuerunt prolata per tempus præteritum, quoniã vt nostri auctores aiunt, in hac specie videntur verba enunciatiua, propter se emissa principaliter, quare dispositionem inducunt, vt iam supra resoluimus, *nu. 43. versi. quæ vtilis, & tradit Corn. lib. 3. consi. 265. nu. 3. habetur in l. ex hac scriptura. ff. de donat. & in l. cũ proponebatur, 66. ff. de leg. 2.* vbi secundum primæ gloss. intellectum, testator in secundis tabulis, dixit se fecisse reciprocam substitutionem, inter fideicõmissarios. Ex quibus verbis, quamuis enunciatiua sint, colligitur, illius voluntas, quod voluerit illos, adinuicem substitutos esse, quamuis de prima substitutione non appareat, quæ coniecturata voluntas, vtique sufficit, ad inducendum fideicommissum, seu fideicommissariam substitutionem, probant Bartol. Bald. Alberic. & Imola, ibi, quamuis repugnent, Cuman. & Paulus præcipue, per text. *in l. ex facto. 19. ff. de hæred. instit.* qui, si bene aduertis, loquitur, in hæredis institutione, ad quam, coniecturata defuncti voluntas, ex verbis enunciatiuis collecta, non sufficit, *vt in d. l. cum proponebatur, Paulus resoluit. num. 3. & in l. Titio. §. Seia. ad finem. eod. titu. de legat. 3. & in l. penult. num. 3. C. de impub. & ibi Ias. & Decius, notabiliter Ripa in l. 1. un. 83. ff de vulgar.* Quod diligenter adnotandum est. 60

Sed † obstat procul dubio text. *in d. l. Titia 35. ff. de legat. 2.* vbi I. C. hac in re, manifeste docet, nullam prorsus esse constituendam differentiam, inter verba enunciatiua, emissa per verbum futuri, & præteriti temporis, quod vt facile euincas, ex verbis legis, aduerte. Nam postquam I. C. illa verba defuncti retulit, per tempus futurum prolata *cum in ministerium tuum, tot capita mancipiorum legauero:* quo significaret, põderandum non esse illud verbum, *legauero*, futuri temporis, illud paulo inferius exponit, per verbũ, legasse, temporis præteriti, ibi dum dicit, *nec posit vtile fideicõmissum putari, quod datũ non sit, cum quis legasse se dixit.* Ecce qualiter defuncti verba, exponuntur, per verbum temporis præ- 61

ris præteriti, ne quis in ea specie, dicere ausus sit, contrarium fore respondendum, si mater grauans dixisset, *cum tibi plura capita mancipiorum, codicillis legaui.* Quod ita sane respondisset quispiam, ex supra proxime scriptis. Ceterum Accurs. *in glo. verb. legasse, in d. l. Titia*, sentiens hanc difficultatem, exposuit illud verbum, *legasse*, id est, legaturum esse, qua, nihil impropria expositione dici potest. Qua ratione glo. aliter intelligẽs, ait verbum, *legasse*, proprie legendum esse, in tempore præterito, quod curiose I. C. fecit, vt significaret verbum, *legauero*, & si legatur in tempore futuro, non nocere, quo minus legi, etiam possit in præterito, prout quando legitur a præterito tempore, cum secundum Grammaticos formatur, *vt tradit Alciat. l. si quis stipulatus, num. 10. ff. de verbor. obligat.* & colligitur ex *l. Ratiocinia. 18. ff. de iure codicill.* secundum quod, verbum *legauero*, potest esse temporis perfecti, quod docere I. C. voluit, visus illo verbo, *legasse*, ne quis omnino adhærens ei sensui, intelligeret verbum, *legauero*, esse temporis futuri. Sed *cur*, iam inquis, *ea verba non inducunt dispositionem, cum sint, vt fateris, per tempus præteritum emissa?* Respondet gloss. quam probant Bartol. & alii, id verborum proprietati, tribuendum non esse, quæ cum sint per tempus præteritum concepta, dispositionem inducere apta sunt. In specie vero illius text. effectum nullum habent: & certum nihil legauit mater, sed magis incertum, dum dixit, *cum tot capita mancipiorum tibi codicillis legauero.* Incertitudo illa est, quæ nocuit, etiam si verba sint dispositiua, *l. cum post. §. generaliter. ff. de iure doti.* nedum ergo si sunt enunciatiua, etiam per tempus præteritum emissa, *vt aduertit Bartol. in l. ex hac scriptura ff. de donat. num. 3.* Vnde vtiliter infertur, contrarium fore respondendum, si in casu illius text. certa mancipia mater dixisset se legasse, *vt ibi sensit gloss. verbo, speciem, & Paulus num. 3.* licet contradicat Peralta ante *num. 2.* quia verba, ibi enunciatiua propter aliud fuere prolata, id est, vt seruus Stichus, qui filiæ erat, manumitteretur. quare dispositionem non inducunt, secundum communem *in l. ex his. C. de testam. milit.* Quæ verior mihi videtur sententia, *vt inferius demonstrabo.*

62 Statueram † subsistere, calamumque reprimere, quia aliquantulum ab instituto, extranea hæc materia cuipiam videri potest. At quia vtilis, difficilis, & in foro non minus, quam emphyteutica, frequens est, & plerumque contingit, in praxi tractari, *an filius, vel quiuis alius fuerit, ex verbis enunciatiuis nominatus*, opportunum fore duxi, paulatim gradum sistere, ne imperitiæ, aut inertiæ tribuatur, hominem, in foro versantem, & continuis negociis inuolutum: difficilem hanc materiam, consulto prætermisisse. Ideo veniam, dabit lector beneuolus, si studio iuuandi publici commodi, longius fortasse, quam initio, destinaueram, prouectus sim, quoniam iurium difficultas, longiorem tractationem desiderat. Diximus paulo ante, per verba enunciatiua induci, institutionem hæredis non posse, *per l. ex facto. 19. ff. de hæred. instit.* & consequenter illam legem non nocere communi sensui, & interpretationi, *l. cum proponebatur 64. ff. de legat. 2.* quatenus probat, quod per verba enunciatiua, induci potest, fideicommissaria substitutio: ideo aduerto, illam traditionem dubiam, admodum esse: Quare pro eius vero sensu, obseruandum censeo, quod verba enunciatiua, quando principaliter propter se proferuntur, per verbum temporis præteriti, dispositionem inducunt, etiam odiosam (qualis est exhæredatio) vt Modestino placuit *in l. qui volebat. 61. ff. de hæred. instit.* vbi pater, qui filiam exhæredem facere volebat, suo ita cauit testamento. *Te autem filia, ideo exhæredaui, quia contentam te esse, dote volui.* Dubitabatur *an ne recte exhæredata filia esset?* & respondet Iurisconsultus. *Modestinus respondit, nil proponi, cur non esset, voluntate testatoris exhæredata.* Et ibi adnotarunt Bart. & Imola, verba, enunciatiua propter se emissa, etiam odiosam dispositionem producere posse. *Iason in l. filii etiam. ff. de liber. & posth.* licet incaute, idem Ias. *in l. ex his nu. 4. C. de testam. milit.* contrarium scripsent, & Decius *in c. per tuas, num. 7. de probat.* de quo admirandum est, cum Iasonis lapsus, soleat diligenter carpere. Ex qua resolutione (quæ sine difficultate *in d. l. qui volebat*, probatur.) vtrique resoluitur, multo magis id admittendum esse, in hæredis institutione, quæ fauorabilis est, *argum. l. cum quidam. ff. de lib. & posthum. in fine, notat Bart. in l. ex hac scriptura ff. de donationibus numer. 2. in fine, & Costa videndus in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de liber & posthum. par. 3. num. 98.*

Quod † autem scriptum est, *in l. ex facto. 19. ff. de hæredib. instit.* alia singulari ratione procedit. Ibi enim testator, qui Seium hæredem non instituetat, Sempronium hæredem scripsit sub conditione, *Si Seius hæres non erit.* In qua specie, an *Seius dici posset hæres scriptus*, variasse Iureconsultos eo in loco Vlpianus docet, tandem cum Aristot. Iaboleno, & Arriano, contra Pegasum obtinuit, institutum hęredem non videri. Quamuis enim illa verba, *Si Seius mihi hæres non erit*, enunciare videantur, voluisse defunctum, illum hæredem esse, nihilominus tamen, quia illa verba sunt conditionalia, hæredis institutionem producere, non valent. *ex his quæ tradit Bart. in l. ex hac scriptura. ff. de donat. num 3 habetur in l. Lucius, in 2. super gloss. fi. ibi. ff. de hæred. instit.* & ita intelligenda sunt, quæ superius adnotauimus, verba d. *l. ex facto*, inducere institutionem non posse. 63

Vt † interim omittam, verius mihi persuaderi, quod Iurisconsultus *in d. l. ex facto*, pro constanti habuit, Seium institutum hæredem, ex eo sermone non fuisse, nec tam serio de re clara ibidem egisse, aut varios Iurisconsultoa fuisse, sed magis circa substitutum Sempronium dubitasse, an ex substitutione audiri posset, & ab ea valeat testamentum incipere? Ad cuius controuersiæ perfectam cognitionem, cum iudicio perpendenda sunt, illius responsi verba, vbi Vlpianus. *Ex facto* (inquit) *etiam agitatum Pomponius, & Arrianus referũt, si quis, vacua parte relicta, ita instituerit, si mihi Seius hæres non erit, (quem non instituerat) Sempronius hæres esto, an hic Seius occupare possit vacantem portionem? Et Pegasus quidem existimat, ad eam partẽ admitti: Aristot. cõtra putat, quia huic pars esset data, quæ nulla esset, quam sententiam, & Iabolenus probat, & Pomponius, & Arrianus, & hoc iure vtimur.* Secundum quam literam, quæ solum respicit Seium, sub conditione vocatum, si hæres non erit, passim interpretes nostri docent, in ea specie Sempronium, sub ea condi- 64

ditione substitutum, hæreditatem obrenturum, intelligentes proinde, a secundo gradu posse testamentum incipere, & fomentum capere, vt probat Aretin.*in l.1.ff. de vulga.col.13.ad finem, & Socin.num.33. Ias.53. Ripa.161. & Belonus lib. 2. suppu.cap. 18.per text.quem citant in d.l.ex facto*, vbi gloss. & Dd. pro constanti, & indubitato habent, substitutum Sempronium, hæreditatem fuisse consequutum, idque tantum apud Iurisconsultos fuisse controuersum, *an Seio deferri ex eo sermone, hæreditas posset*: quorum quia crebrior opinio obtinuit, Seium repellendum esse, Sempronio delata hæreditas est, & sic ex secundo gradu (inquiunt) incipit testamentum, *vt voluit gloss. in l. 14. ff. de testam. milit. Rogerius lib. de vulgar. pag. 21. num. 14.* Iuuat, quod alibi scriptum est, quod homo mortuus scriptus hæres pro non scripto habetur. *l. vnica. §. in primo, C. de caduc. tollen.* & tamen valet testamentum, vt ibi. quo argumento idem dicendum est, in casu d.*l. ex facto*, vt testamentum teneat, licet Seius hæres non sit, nec possit esse, deficiente scilicet institutione.

65 Oppositum † tamen probat Tho. Calanchus *in d.l.1.ff. de vulga. num.25.* optime considerans, indignam esse Seii quæstionem, tanta Iurisconsultorum varietate, ac proinde emendandam literam esse, ibique, dum dicitur, *An hic Seius*, delendum esse verbum illud, *Seius*, vt sic verba referantur, ad Sempronium substitutum, cuius proxime facta est mentio, super cuius quidem iure, & ad hæreditatem, seu portionem vacantem admissione, iusta fuit inter I. C. contentio, & varietas, quoniam vt Aristo. adnotauit, Sempronius fuit vocatus, ad portionem vacantem, in qua Seius dicebatur institutus, quæ nulla fuit, quia cum illi non fuit relicta, ad alium institutum hæredem, per ius accrescendi, illa portio fuit statim deuoluta, & consequenter vacans portio, nulla est, quam peteret Sempronius possit. Probatur *in l. Item 17. §. 1. ff. eodem, de hæred. instit.* secundum quod illa ratio, & argumentum, Aristonis probabile erat, & concludens aduersus Sempronium, non Seium, cuius respectu ineptum, & incongruum sane, nec Iurisconsulto dignum videtur, & licet communem literam defendere conatur, Politus, *de vulga. 2. par. nu.17. & Bello.* iam supra citatus, reponendam esse, modo quo supra admonuit Anton. Augusti. *lib. 1. emenda. c.20. & prius Cagno. in l.1.ff. de vulg. num.52.* & esse emendãdam, probat Cuiacius, ibi, & Goueanus *lib.3. lectionum c.26.*

66 Quæ † mihi verior semper sententia, & lectio visa fuit, & sic obseruandũ a meis olim præceptoribus Salmanticẽsibus excepi, qui merito adiungebant dispositionẽ illã vulgarẽ *l. fi. C. de hæred. inst.* vbi Imperator, illã refert apud veteres controuersam speciem, qua quis testamentũ condens, sic cauit, *Sempronius Plocij hæres esto*, qui cum Plocius non appellaretur, de testamenti validitate magna fuit inter Iureconsultos exorta cõtentio, quidam existimabant, errorem nominis proprii nocere, testamento non posse, & consequenter validã esse hæredis institutionem, qua testator se Plocium vocauit, quam crassiorẽ interpretationem, Imperator in *d.l.fi.* cẽset, quia vix homo adeo supinus, & stultus reperietur, qui proprium nomen ignoret. Imo nec vxoris, vt tradit Ias. *l. si in nomine. ff. de verbor. obligat.* Qua ratione, alii testamentum defendentes, dicebant, considerandũ esse, an ne testator quondam Plocii hæres fuerit, ad quem facta relatio, quia hæres hæredis primi testatoris est hæres, defendi testamentum posse, quasi effectum considerans testator, a se scriptum hæredem, Plocii hæredem dixerit, qui illius, eo mediante, consequitur hæreditatem, quo respectu Sempronius hæres dici recte potest, ex illa antiqua regula, quæ voluit *hæredem hæredis primi testatoris hæredem esse*, de qua vltra Dd. ibi, videndus, est Decius & Cagno. *in l. qui per successionem. ff. de regul. iur. Iaso. in l. si filius. §. in omni. ff. de acquir. hæred. & in l.1. ff. de leg. 1. num. 81.* Aliter si hoc ita non contingit, quia testator Plocii hæres non extitit, inutile testamentum est, nisi prius (*inquit Imperator*) Plocius scriptus hæres reperiatur: quo casu defendi illa institutio potest, *Sempronius Plocij hæres esto*, per quam videtur testator, in defectum Plocii Sempronium vocare, quasi dixisset, *Si Plocius mihi hæres non erit, sit hæres Sempronius.* In locum enim Plocii substitutus, hoc casu, inquit Imperator, est Sempronius, & per vulgarem substitutionem, erit ad hæreditatẽ admittendus, *vt tradunt Dd. ibi, & Ripa in l.1. ff. de vulg. num. 41. Politus etiam de vulga. num.21. & eodem lib. Rogerius pag.16.num.5.* licet videantur repugnare Ias. *l.1. ff. de vulga. num.11. cum seq. & Gulielmus Raynutius, verbo, si absque liberis, in 2. num. 4. de testam. tradit subtilis Costa in c. si pater de testam. in 6. 3. par. verbo. pupillares, num. 15. pag. 409. cum seq. & verbo, personis, sub num. 19. pag. 444. rursus & verbo, interdum, num. 66. pag. 514. & pag. 527. num. 95. eodem verbo*: ergo ibi est text. clarus, qui probat substitutionem defendi non posse, vbi nulla præcessit institutio, quod ad d.*l. ex facto*, & literæ correctionem nimis conducit. Nec mouere debet Aretini argumentum de homine mortuo instituto, qui licet pro non scripto habeatur, quoad verba, saltem, & defuncti mentem, & intentionem præcedit institutio. qua sustineri substitutio potest, non sic, vbi nulla prorsus hæredis præcessit institutio, *vt adnotauit Bart. in l. filius. §. fin. in fine. ff. de falsis.*

Quod † vero attinet ad materiam, quam tractamus, enunciatiuorum verborum, ex *d.l. ex facto. 19. ff. de hæred. instit.* interpretes nostri deducũt, verba enunciatiua propter aliud prolata, dispositionem non inducere: constat enim ibi testatorem, principaliter egisse, Sempronium hæredem facere, incidẽter vero Seii meminisse, per ea verba, *Si mihi Seius non erit*: quę propterea inducere illius institutionem non potuere, ex regula *l. Titia, cum seq. in prin. ff. de leg. 2.* ego rectius dixissem, verba illa cõditionalia esse, & proinde dispositionem non inducere, *l. si quis sub cõditione. ff. si quis omissa caus. testam.* vt agnouerunt Bart. & Imola, *d.l. ex facto. idem Bart. nu.3. in l. ex hac scriptura. ff. de donat. Aret. l. coheredi. §. fi. col. fi ff. de vulg.* Qua resolutione pśupposita, tanquã indubitata, Dd. communiter intelligunt, hæreditatem ad Semproniũ pertinere, sub ea conditione vocatum, *Si Seius hæres non erit*, quã intelligunt existere, adimpletamq; esse, simulac constat, hæredẽ scriptum non fuisse, nec esse posse: quia ex verbis illis conditionalibus induci institutio non potest, quo fit, vt Sẽpronius, magis dicatur vocatus, sub figura quadam conditionis, *Si Seius hæres non erit*, quam sub mera & reali conditione, quæ possit suspen- 67

sit suspensionem inducere, vt in ea *l. Ex facto, explicant gl. verbo, esset data, Bal. & alij Soci. l. 1. ff. de vulg. in rype. n. 13 & ibi Ias. nu. 54. & l. fin. C. de haredi. inst. nu. 6.* Ex quibus constat, hanc esse communnem resolutionem, *per notata in l. 3. §. fin. ff. de lib. & posthu.* vbi perempto ptimo institutionis gradu, a secundo testamentum posse exordium capere, Vlpianus docuit: cui tamen, contra communem, volueris defendere, *cum iis quæ diximus supra nu. 65.* facile respondebis, procedere, quãdo primus ille gradus, aliter corruit, quam quod scriptus non est, quemadmodum non fuit in casu *d. l. Ex facto*, quare non datur super quo secundus gradus, etiam de facto possit sustineri.

68 Vbi autem † verba etiam per verbum futuri temporis, emissa fuerint enunciatiue, propter se principaliter, dispositionẽ inducunt, vt cũ communi resoluit. *Ias. in l. 1. n. 11. ff. de noui oper. nuncia.* Secundũ quod intelligi debet, quod supra diximus *nu. 42 & 43.* vt procedat etiam si sint verba futuri tẽporis: Rursus & limitãdũ sic est, quod diximus *n. 48.* vt non procedat quãdo propter se principaliter fuerũt prolata. quia tũc disponunt, *l. etiã hoc mod. 118. ff. de leg. 1. & l. Eo modo. 121 eo. tit. Ias. d. n. 11. & in l. Serui electione n. 36. ff. illo tit. Alex. in l. Si quis mihi bona. §. sed quid si non adiuit n. 10. ff. de acqui. hæredi.*

69 Item † quod supra diximus, verba enũciatiua, per verbum, præteriti tẽporis emissa, dispositionẽ inducere. *secundum adnotata in l. Ex hac scriptura. ff. de dona. tex. in l. Titia. §. fi. ff. de manu. test.* ibi, *potius adimi quã dari*, sane intelligendũ est, quando illa verba, ea sunt intentione prolata, vt disponant, in fauorem eius, in cuius personam diriguntur: secus vero, si diminuendi gratia proferantur: vt contingit in casu *l. Cum tale 71. § fi. ff. de condi. & demonstra.* vbi sic cauisse, testatorem scriptum est: *ex centum, quæ Titio legaui, quinquaginta hæres, Seio dato:* quæsitum est *an ex eo sermone, Titio centum viderentur legata?* Et videtur, ex his, quæ resoluimus, respondendum quod sic, quia verba sunt prolata, per verbũ præteriti temporis. Nihilominus tamen Papini. contrariũ resoluit, imo quod Titius nihil prorsus, est habiturus. *quia (inquit) non animo legandi, sed deminuendi legatũ, quod falso datum existimaret, ita scriberet:* quibus verbis Papinian. docet, in ea specie, quia voluntas defuncti repugnat, qui minuere legatũ magis, quã de nouo legare, Titio voluit, verba enũciatiua. per verbũ tẽporis præteriti prolata nõ disponere, inducta. n. ad diminutionẽ, augmentũ operari nõ solẽt, quia est effectus cõtrarius *l. Legata inutiliter. ff. de adim. leg. l. Titia. §. fi. ff. de manumission.*

70 Ex † quo I. C. responso, suspecta redditur gl. & Pauli assertio *in l. Titia. 35. ff. de leg. 2.* quæ habet text. illum, non procedere, si mater (quæ filiã grauauit seruum manumittere, quia alia mancipia legauit, cum nulla legasset) certa aliqua mãcipia nominasset: quoniã eo casu, *vt gl. & Paulus opinatur*, verba illa disposuissent, & consequenter filia mancipia illa consequeretur. & seruum proprium manumittere cõpelleretur, vt diximus. Quæ tamẽ traditio suspecta redditur, ex Papin. ratione *d. §. fi. quia non animo legãdi, sed diminuẽdi legatũ &c.* Quæ ratio, si recte cõsideras, speciei de qua *in d. l. Titia* fit mentio, nõ minus cõuenit, quoniã ibi ex pluribus prælegatis mancipiis, testatrix præcipit vnum, quod erat filiæ, manumitti: & consequenter voluit, legatum minuere, quemadmodum, & *in d. §. fi.* ex centum, quę legauerat, quinquaginta minuens voluit habere Seium. Quocirca, qua ratione, in casu *d. §. fin.* negantur Titio, alia quinquaginta, eadẽ debent ratione, in casu *d. l. Titia*, filię negari mãcipia, licet illa, mater testamento explicasset, & nominatim expressisset: quo profecto argumẽto vti debuisset aduersus illã gl. Peralt. *ibi. n. 1. ad fi.* post Imolã, & Alb. quos citat. Gl. tamen sententiã defendere si cupis, aduertere debes, speciem tractatã *in d. §. fi.* plurimũ differre a casu *in d. l. Titia*, deciso. Filia. n. cui mancipia mater dixit prælegasse, grauata fuit seruum proprium manumittere, in qua specie probabilis est gl. opinio, quod explicatis mãcipiis, illa consequatur, & teneat grauamen, vt docet Vlpia. *in l denique 8. §. interdum. ff. de peculio legato:* vbi postquam tradidit peculium seruo manumisso, nonnisi legatum deberi, subdit, satis legatum videri, si ex eo centũ dare Titio, seruus grauetur, ibi, *Testatorẽ voluisse eũ, retinere peculium interpretamur, ex eo quod de peculio eum iusserat centum inferre.* Nec hoc mirũ si consideras, grauamen necessario, præsupponere, honorem, tanquã antecedens, sine quo stare grauamen nõ potest, vt habetur *in l. Ab eo C. de fideic.* Quare passim DD. resoluũt filium † positum in conditione, positum in dispositione censeri, si reperiatur grauatus *glo. in l. Alio. ff de alim. leg. Anch. in c. si pater, notab. 12. de testa. in 6. Paulus d. l. Ab eo. Alex. lib. 5. consi. 64. Galeat. in l. Centurio. ff. de vulg. num. 458 cum seq. & ibi Alc. n. 99 & in l. Lucius in 2. ff. de hære. inst. n. 54 firmans communem. & Soci. nepos consi. 110. nu. 21. li. 3. Couar. in c. Raynut. ũs. §. 3. n. 3. de test. Paul. Parisi. libr. 3. consi. 42. Rai. consi. 11. libr. 2.* æquiorem & magis cõmunẽ testatur Greg. Lop. *in l. 2. tit. 15. par 2. verbo, el mas proximo*, & probat elegã tex. *in l. Titia. 89. §. Seia libertis. ff. de leg. 1.* vbi ex grauamine iniũcto, quod nouissimus prædium restituat, inducitur fideicõmissum reciprocum, inter grauatos. Quapropter dispositio text. *in d. l. cum tale 71. § fi ff. de condi. & demonstr.* in qua legatarius fuit grauatus ex centum, quæ illi non fuerunt legata, quinquaginta dare, obesse non potest *gloss. sententiæ. d. l. Titia. ff. de leg. 2.* quæ loquitur, quando ipsamet filia, cui dicebantur mancipia legata, fuit grauata, seruum proprium manumittere. Quo stante grauamine, induci potest honor, & prælegatum, quamuis verba sint enunciatiua: quemadmodum & in casu proximo idem admittitur, si verba sunt conditionalia, quæ regulariter dispositionem non inducunt, *vt in d. l. Lucius in 2 per gl. fi. habetur. ff. de hæred. insti. & supra diximus & infra. q. 2.* 71

Possumus † quidem hãc differentiam grauati, & nõ honorati legatarii, cõfirmare ex auctoritate I. C. *in l proculus. 23. ff. de vsufr. & queãd. quis vtatur*, quæ secundũ cõmunem scribentium sensum probat, quod per legatũ vsusfructus, cũ onere ne legatarius altius tollat, dicitur etiam legata proprietas, quemadmodũ, & cum ita legatur, ne possit aliena ri, vt est videre per Bar. Bal. Alb. & Fulgo. ibi, Bar. *in l. ex hac scriptura. ff. de dona. n. 3. cũ aliis quos citat Pynel. de bon. mat. in 3. par. l. 1. n. 41 fol 97. cui adde Cor. li. 3. cõs. 73. nu. 5. & Paris. lib. 2 cõs. 71. per totũ.* Intelligunt .n. interpretes nostri illam oneris adiectionẽ augere legatum, quando aliter adimpleri onus, non potest, quo arg. vtiq; in casu nostro, si per verba enunciatiua testator, grauauit, eum, cui dixit se le- 72

gasse, mirum nō est, si inducatur dispositio quemadmodum voluere gl. & Paulus *in d. l. Titia, ff. de leg. 2.* Patitur tamen hæc materia nonnullas declarationes vtiles, & necessarias.

73 Prima † sit igitur declaratio, quod verba enunciatiua, tunc demum induceunt dispositionem, cū enunciant, & referunt aliquod falsum, vel saltem non apparens, quod sic enunciatum de nouo inducūt, nō sic quando enūciatur aliquod existens, & apparens, quoniā tūc verba enunciatiua nihil prorsus operātur, aut disponūt, circa tale enunciatū, quare cēseri illud debet, quale ante enūciationem censeretur, vt voluit Paulus, per tex. *ibi in l. Titia, cū test. 34. §. Caius ff. de leg. 2.* quē in hoc sequitur, & probat Peralta *ibi n. 3.* Ea potissima ratione, quia hoc casu, verba proferens enūciatiua, solū refert, & declarat rē extare, quo casu nihil prorsus agit, aut disponit, *l. Heredes palam. §. sed si notā, & § si quid post, & ibi gloss. ff. de testa. habetur in l. Vnum ex famil. §. 1. ff. de leg. 2.* Sed qualiter hæc traditio, ex d. §. *Caius.* deducatur, non omnino facile est, ideo aduertendū sedulu est, quod in casu illius tex. maritus qui in domo ab vxore separata degebat, ad vxorem, cū omni suppellectili migrauit, deinde testamento sic cauit, *imprimis sciant hæredes mei, nullam pecuniam esse, penes vxorem meam, sed nec aliud quicquam, ideoque eam hoc nomine inquietari nolo:* quæsitum fuit, *an per hanc verborum conceptionem, videretur maritus vxori legasse bona omnia, quæ secum adduxit, cum ad vxorem migrauit?* Et respondet I. C. quod nō, nisi aliter vxor doceat, legandi animo, & intentione, ea verba a marito prolata fuisse, vt ex illis verbis colligitur, *Modestinus respondit, si ea quæ de domo sua, in prætorium vxoris defunctus trāstulit, præcipua ad eam pertinere voluit, nihil proponi, cur voluntati ipsius testatoris, standum non sit. necesse igitur habet mulier, talē fuisse testatoris voluntatem ostendere, quod nisi fecerit, in hæreditate mariti eius, & hæc remanere oportet.* Gl. ibi, verbo *penes*, intelligit, maritū verum enunciasse, non falsum, quoniā vt in facto expositū est, cū ille in prætoriū vxoris migrauit, certa bona secum trāstulit, quæ apud vxorem, id est, in suo prætorio erāt, nō penes illā. Qua ratione cū defunctus enunciauit, certā rem, & eā stē iē, intelligitur illā enunciare, qualis erat: & cōsequenter, nihil de nouo disponere, & propterea illis verbis enūciatiuis, luuari vxorē nō posse, nisi aliūde probet, legādi animū, maritū habuisse. Vnde Paulus & Peralta deducunt enūciātē rē certam nihil disponere, aut illi de nouo addere.

74 Ego proprius † deducendum reor, quod verba enunciatiua, sunt intelligenda, in suo proprio, & genuino significatu, & cōsequenter tale esse censendum enunciatum, quale sermo enuncians, in sua propria significatione demōstrat: quod verum esse, ex illo tex. plane deducitur, dum ex vi sermonis negat bona quæ maritus in prætorium vxoris trāstulit, legata nō videri, nisi aliunde vxor mentem legādi probet: quod I. C. probare mihi visus est, ex eo, quod maritus dixit, omnia, quæ penes vxorem erant, sua non esse, & proinde velle se, ne eo nomine, illa vexaretur. Illa n. dictio, *penes*, qua vsus est maritus, excludit prædicta bona, a marito secum translata, & tantum includit cætera, quæ vxoris erant, & ab ea possidebantur: secundum quod habetur *in l. Penes. 63. ff. de verborū signi.* ita sub obscure voluit Bar. *d. §. Caius, & in l. Ex hac scriptura. n. 7. ff. de donat.* & est cōmunis resolutio, *teste Corneo in l. 1. C. de falsa causa. col. 2.* Cuius oppositum obtinebit, si maritus dicat, nulla se bona habere, apud vxorem: quoniam dictio *apud*, continet etiam detenta, & quæ aliena sunt, nec possidentur, *vt in d. l. Penes*, probatur. Qua ratione, si eo verbo maritus fuisset vsus, legati nomine, vxor ea bona, quę maritus secum transtulit, vtiq; retineret, *vt ibidem d. §. Caius, Paulus, & alij resoluūt, & in prin. ibidem Peralta.*

Secundum † hunc itaq; sensum, qui verius esse 75 videtur, id tantum in casu illius tex. maritus in fauorē vxoris disposuit, quod hæredes allegare minime possent, bona, quæ vxor habebat, & possidebat, ex patrimonio viri parta fuisse, quod quidem nisi testator, modo, quo supra explicatum est, cauisset, id vtiq; dicere, & allegare potuissent, ex præsumptione iuris, quæ habet, omnia, quæ vxor possidet, a mariti bonis, & patrimonio deducta fuisse, vt est videre per Pala. *in rub. de dona. inter vir. §. 60. Ripam lib. 3. respon. c. 4. & in l. Fœmina C. de secun. nupt. n. 39. Boer. q. 81. Corra in Miscell. lib. 3. c. 5. Cou. in c. 1. de testa. nu. 6. Cotta in suis memo. verbo, concubina, Sylua nupti. vol. 7. tract. fol. 51. a n. 20.* Quæ quidem iuris præsumptio, ex eo prudenter inducta est, ne aliter bona turpiter, ab vxore quæsita dicantur, vt Pomponius docet *in l. Quintus Mutius. 52. ff. de dona. inter vir. & vxor.* in hæc verba, *cum in controuersiam, venit, vnde ad mulierem quid peruenerit: & verius, & honestius est, quod non demonstratur, vnde habeat, existimari, a viro, aut qui in potestate eius esset, ad eam peruenisse. Euitandi autem turpis quæstus gratia, circa vxorem, hoc videtur Quintus Mutius probasse.* Tradunt DD. vbi sup. & Alciat *regula 3. præsump. 26.* a quo quidem onere probationis, & sinistra iuris suspitione, vtiq; ibi maritus voluit, vxorem liberare, ne quo modo ab eius hæredibus inquietari posset, eo nomine, quod omnia quæ habebat, & possidebat, ex bonis, & patrimonio defuncti mariti parauerat: & consequenter hæreditaria esse. Quod plane ex illis verbis, *penes vxorem*, & ibi: *ideo eam hoc nomine inquietari nolo*, manifeste deducitur, quib. docemur, id tantum maritum voluisse, ne eo nomine, & ratione, vxor inquietaretur: quod bona, quæ penes illam erant, & ipsa vti propria possidebat, mariti erant tanquam ex suis rebus, & patrimonio procedentia, prout iuris præsumptio volebat: quod vtiq; cum Cumma. ibi, probare videtur Peralta *n. 3 ante vers. 2.* secundum quem sensum, verba I. C. quæ subsequuntur, respondent, vxoris petitioni, quę parum contenta a pręfata pręsumptione, immunis fieri, contendebat omnia bona, quę secum maritus in ipsius vxoris prætorium transtulerat, fore tanquam prælegata, adiudicanda esse, & ad hunc sensum dicebat, trahenda esse illa verba, *nullam pecuniam meam esse penes vxorē, nec aliud quicquā.* Nec id abs re, Intelligebat enim etiam illa bona, penes se esse quemadmodum sunt credita penes debitorem, quorum liberatio dicitur legata, si creditor testamento, nihil sibi deberi profiteatur, secundum quod habetur *in l. 5. C. de falsa causa adiecta legato, & in l. Lucius 88. § quisquis in 2. Dig. de leg. 2. rursus & in l. Lucius 93. §. Semproniæ. ff. de leg. 3 & in l. Aurelius 28. § fin. de libera. leg.* ex quorum iurium regula, vxor se liberatam intelligebat, a præstatione dictorum bonorum, cuius oppositum Iureconsulto magis placuit, ea ratione, de qua supra.

Secun-

76 Secunda † declaratio est, quod verba enunciatiua, quo casu ooo dispoount, si geminate proferantur, dispositiooem inducunt, vt tradunt Corneus lib.3.cons.86.nu.7.& cons.127.nu.4.eod.lib.& lib.1.cons.67.litera.h.& lib.2.cons.140.col.1. Alex. ad Bar.in l.Ex hac scriptura.ff.de dona addi.4.& in l.Ex his verbis.C.de test.mili.Ias.in l.seruus electione ff.de leg.1.n.31.Rogerius.d.l.Ex hac scriptura n.113.Paris.lib.3.cons.89.n.23.cum seq.& cons.77.eod.lib.n.37.tradit Cotta in suis memo.verbo, Geminatio, & Brachaus Aphorismo.80.vbi multa Apho.praced.& seq. de geminatione verborum tradit, & latissime Corsetus in lib.de gemina.

77 Tertia † declaratio est, quod verba ennunciatiua emissa, per modum causæ disponunt, licet alias nullam dispositionem essent productura, vt notabiliter explicat Decius cons.218.n.13.& 377.n.8.Cassaneus cons.44.n.18.Aymon.lib.de antiq.tempo.cap.amplia tur.a.n.32.& 48.Paris.lib.2 cons.31.nu 30.& lib.2.cons.91.nu.15.rursus,& lib.3.cons.77.nume.36.quibus adde Corn.libr.2.consil.108.Secundum quod, explicandum est, quod supra diximus, fideicõmissum non induci, ex eo quod defunctus interdixit fundi alienationem, vt in casu l.Pater.38.§.fundum.ff.de leg.3.Intelligi enim debet, nisi pater prohibeat, in vita filium, alienare fundum, quia vult illum in familia manere. lo qua specie inducitur fideicommissum, in fauorem familiæ. Decius, & alij supra citati, faciunt infra proxime dicenda.

78 Quarta † declaratio est, quod verba enunciatiua inducunt dispositionem, quando proferuntur per viam rationis, & si propter aliud proferantur, vt habetur in l.fi.§.1.de doli.except. vbi est casus singularis, in quo auus meus cētum mihi leganit, rogauitq;, æqui, & boni consulerem: quoniã plus quidem potuisset legare, si pater meus eiusdē testantis filius, vellet mutuas, quas ab eo acceperat, pecunias, soluere. Mortuis deiode auo, & patre meo, aui hæres præfatas pecunias mutuas, a me tanquam patris hærede, petere non dubitauit, sed an recte quærebatur? Et respoodet Scæuola, exceptione doli mali repelli, iuste posse, quia si viuo auo pater meus, illi soluisset, vtique easdem pecunias, auus mihi legasset, in quo illum tex.dixit admirabilem Roma.sing.529. ego addo similem in l.emptos 65.ff.de rei vendi.§.fi.vbi pater filiam exhæredauit, quia satis dotis, & peculii causa, viuus dederat, nihilominus hæres, peculii causa, repetebat, & iniuste facere Iurisconf. respondet, quia peculii commemoratione facta per viam rationis, & causæ, pater filiam exhæredauerat, & ibi notat Bal. Quare hanc theoricam probat gl.in l.Si socer.4.§.1.verbo, redditurus.ff.solu.matri.& ibi Bar.n.4.& in l.Ex hac scriptura n.5.ff.de dona.& est communis resolutio secundum Decium in l.Ex his verbis, C.de testam.mili n.34.Paris.lib.3.cons.77.n.36.Corn.lib.2.cons.108.Alex §.1.l.Si socer col.1.& Imola.d.ff.solu.matr.Camba.lib.de clausulis.pag.226.ante num 9.habetur in l.Tale pactum.ff.de pactis. Concordat Paulus cons.324.n 3.lib.1.restringens tamen ad vltimas voluntates duntaxat, quod respuendum tameo est, ex Aymo.de antiquis fol.27.a num.46.Ego hanc declarationem a præcedente, parum differre intelligo.

79 Quinta † declaratio est, quod per verba enonciatiua, colligitur loquentis intentio, & voluntas, quæ cum ad hæreditatis repudiationem sufficiat eã inducunt, vt tradit Aymon.lib.1.cons.24.n.2.Cãba.lib.de clausulis pag.213.n.4.Decius cõs.133.col.2.post prin.

Sexta † declaratio est, quod ista verba enunciatiua, per modum confessionis emissa disponnnt, vt explicat Bal.in l.1.Cod.de falsa causa adiecta legato, Ias.in l.ab emptione nu.11.ff.de pactis, Camba lib.de clausulis pag.215.in fi.cum seq.Tiraquel.lib.de constituto, ampli.11.pag.32.Parisius lib.3.cons.77.n.38.Felin.in c.si cautio de fide instru.nu.14.& 75.Secundum quod, procedere possont, iura supra citata, declara.1.in fine, vbi illa verba enunciatiua, quibus creditor enunciauit, debitorem soluisse, probationem soluti debiti, censentur inducere. 80

Septima † declaratio est, quod verba enunciatiua, disponunt, quando id quod enunciatur, est necessarium ad id, de quo agitur, vt habetur in l.Optimam, Cod.de contrah.stipula.tradit Paris.lib.3.cons.77.n.30.cum seq. resoluens proinde, contractum emphyteuticum, probari ex instrumento, in quo reus se obligauit soluere pensionem, in quo si fiat mentio emphyteutici contractus ille, per verba enunciatiua, probatur, licet de illo aliter non cõstet, quia necessarius est ad validandam illam pēsionis præstationem, vt ibi per eum, & per Decium cons.118.n.5.doctiss.Valascum de iure emphy.q 9.n.2.Cagno.in l.Diem functo.ff.de officio asse.n.54.post Butri in c.illud de præsump.Mathesell.sing.80.& eius addi.tradit Decius in ca cum causam nu.3.de proba.& cons.139.nu.9.& in Auth si quis in aliquo.C.de edendo n.34.Ias.in l.Iurisgentium.§.quod fere n.3.ff.de pactis. 81

Octaua † declaratio est quod verba enunciatiua, tunc demum disponunt, cum nunciatum, de quo agitur, pendet a voluntate nunciantis, valentis tunc temporis disponere Camba.lib.de clausulis pag.212.ante n.2.Corn.lib.2.cons.108.Gozad.94.n.50.Probus in cap.quanquam, de vsur.n.29.Parisius lib.3.cons.77.n.32.cum seq.& lib.2.cons.26.n.127.Decius cons.307.n.12.Peralta in l.Titia cum testamento.ff de legat.2.post nume.2.pag.397.Sed de his iam satis. Ex quibus coostat, quando quis dicatur, ad emphyteusim nominatus, & an titulus donationis, legatique sufficiat: item etiam an ex verbo, volo nominare, inducatur nominatio, & an nutu facta nominatio teneat: & quando verba enunciatiua sufficiant? Quæ vtilis est inuestigatio, & in foro frequens, nec forte alibi, ita diligentius elaborata. Modo iam ad alia prgrediamur. 82

ARGVMENTVM.

Nominatio an inducatur, si pater dedit emphyteusim filio pro alimentis.

SVMMARIA.

1 Si pro alimentis, pater dedit emphyteusim non dicitur nominasse.

2 Concessio feudalis ad vtendum, & fruendum, intelligi debet secundum materiam subiectam, & naturam feudi.

3 Verba pro alimentis, ad causam nominationis sunt referenda.

4 Positus in conditione, an sit nominatus.

Dispositio, ita concepta, si filius meus mortuus est, nomino Titium, an sit nominatio n.4. & 5.

5 Filius positus in conditione, dicitur positus in dispositione.

Ex his verbis, si decem dierum operas non dederis, nummos decem dare promittis, opera promissa patrono censentur.

6 *Verba conditionalia non inducunt hæredis institutionem, quæ exigit verba dispositiua.*
7 *Idem, quod in institutione dictum est, in legatis respondendum est, contra plures.*
8 *Grauamen inducit nominationem.*
9 *Grauari nominatus non potest.*
10 *Titius, esto contentus tali emphyteusi, si defunctus dixit, inducitur nominatio.*

QVÆSTIO II.

Contingit quandoq; parẽtes, emphyteusim, cum facultate nominandi habentes, filiis vxorem ducẽtibus, & aliquando filiabus nubentibus, pro oneribus matrimonii leuandis, familiaque alẽda, emphyteusim concedere, sub hac verborum forma. *Dixitque pater, quod pro alimentis filii sui; & familiæ futuræ sustentatione, dabat, & concedebat emphyteusim, quam habebat, &c.* Deinde pater viuus, vel moriens alium filium, in ampla forma nominauit, ad eandem emphyteusim, intelligens se tãtum vsumfructum primo concessisse, seu fructus percipiendos pro alimentis, non autem a se abdicasse nominandi facultatem. Magnam vidi aliquando super hac specie, inter nostri ordinis, grauissimi nominis viros, exortam controuersiam. Ego interrogatus, pro parte secundo loco nominati, non adeo dignam rem esse tanta controuersia consului. Adducebam in terminis Barba. *lib. 2. cons. 47. col. 3. ad fi.* consulentem, per concessionem Titio factam, quo possit ex re concessa viuere, & ali, solum vsumfructum videri concessum, non rei proprietatem, & consequenter, concedentem posse, alii proprietatem libere elargiri, saluo iure vsusfructus prius concessi, qui morte donatarii extinguitur. §. *finitur, Institut. de vsufruct.* citat Barba Sali. *in l. 1. C. de priui. fisci,* qui *n. 4.* resoluit, vsumfructum tantum dici concessum, cum quid ad gaudendum, seu fruendum conceditur. Citat, & Ang. *in auth. hoc locum. Cod. si secundo nupserit mulier.* vbi tractat materiam, de vxore relicta massaria, & vsufructuaria, quæ solo vsufructu debet esse contenta. Quo argumento in casu proposito
1 dicebã, filium, cui pater † pro alimentis, & familiæ sustentatione emphyteusim concessit, oportere solo vsufructu contentum esse, quia limitata concessio, limitatum producere effectum solet. *l. In agris. ff. de acq. rerum dominio.* Citabam etiam in terminis Bal. *in procem. feudorum. n. 31.* quia magis in specie, quam tractamus, locutus quærit, *quid sit dicendum, si Dominus mihi concessit feudum, ad vtendum, & fruendum, nunquid tale feudum mea morte extinguatur?* Et videtur (inquit respondendum, quod nõ: quia natura, & proprium feudi est, quod ad hæredes transeat, *cap. 1. ad fi. in quibus caus. feudum amitta.* Nihilominus Bal. contrarium resoluit, imo quod personalis erit illa concessio, & morte extinguetur. Citat tex. & quæ ibi habentur in *in l. Si habitatio. 10. §. 1. ff. de vsu & habita.* intelligens eam concessionem restringendam esse, ad proprios accipientis vsus duntaxat. & propterea eius morte finiri. *l. cum hi. §. si vni. ff. de transactio. l. dominus ff. de vsufruct.* quam sententiam ibi nominatim sequitur. Affli. *num. 126. cum seq.* addens idem firmasse Bal. *in d. §. si vni. & Bar. in sua distinctione. in l. Libertis. ff. de alimen. leg.* ex eisdem auctoribus probans, in concessione facta pro alimentis, quæ non differt ab illa, pro vsu tuo, *vt ibi Affli.* Ex quibus, hęc tunc visa fuit iuri, & rationi consonans sententia, quæ multis complacuit, *per supra scripta.*

At † nec hoc sine difficultate procedit, si consideras, quod in d. procemio feudorum Præpositus *n. 49. in fine, cum seq.* non dubitauit a Bal. recedere, intelligens verius esse, quod concessio feudalis, ad vtendum, & fruendum, seu pro alimentis facta, non minus est perpetua, quam si simpliciter fuisset concessa. Verba enim illa, *pro alimentis, seu ad vtendum, & fruendum.* intelligi debent, secundum materiam subiectam, & naturam feudi. *l. Si vno, in prin. ff. locati. c. 1. §. fi. quid sit inuesti. tradit Prepo. ibidem n. 34. cum seq.* & consequenter, quod primus acquirens vtatur, & fruatur, & ex feudo alimentetur: eoque mortuo, simpliciter eius hæredes alimenta capiant, quo argumento idem sane videtur dicendum, in casu nostro, vt illa verba, *pro alimentis, & sustentatione familiæ, &c.* intelligantur secundum naturam emphyteuticæ nominationis, vt quandiu filius vixerit, fruatur, & alat familiam, moriens vero, aut viuens, si oportuerit, alium nominet, qui similiter fruatur, & alimentet suos: illa enim adiectio, *pro alimentis &c.* quia effectum nominationis respicit, seu illius executionem, quę in vsu consistit, restringere non debet, ipsam nominationem, seu gratiam a patre factam, ex vulgata regula Clem. *1. ad fi. de præb.* quam prius descripsit I.C. *in l. Titia cum testamento. §. Caius. ff. de leg. 2.* vbi id obseruauit Peralta *nume. 5.* Nec impediunt iura in oppositum a Bal. citata, quæ in sola habitationis concessione, & vsufructu loquuntur, cuius natura non est, ad hæredes transire, & proprietatem in donatarium transferre. Qua ratione hæc proculdubio firmior videtur sententia: quæ confirmari recte potest ex auctoritate Bal. *in l. Lucius. §. Titia. ff. de leg. 2. & in d. l. cum hi. §. si cui. ff. de transf.* vbi alii probant, & Bar. *in d. l. Libertis ff. de alim. lega.* resoluentes concessionem rei, vt donatarius illa vtatur, & fruatur, plenariam censendam esse, & consequenter in illum transferre omne ius, & rei donatæ proprietatem: quia effectum magis, ea verba respiciunt, quam donationem restringunt.

Iuuat † bonus casus *in l. pen. §. fin. ff. de alimen. leg.* 3 vbi is, qui alimenta præstare tenebatur Sempronio, rem certam eidem legauit, adiecta clausula, *vt habeat, vnde se pascant.* & ea non obstante, subdit I.C. proprietatem legatam videri, quia inquit *illam autem adiectionem, vt habeant vnde se pascant, magis ad causam prælegandi, quam ad vsumfructum constituendum pertinere.* Sic ergo in proposito, & casu nostro, illa verba, pro alimentis, &c. interpretanda sunt, & referẽda potius ad causam dotãdi, seu nominandi, quam vsumfructum tantum constituendi. Iuuat & Scæuola *in l. Species 16. ff. de auro & arg. leg.* vbi docet eum, qui rem legauit, sub onere fidei commissi proprietatem legasse, quamuis addat, quod sit contentus vsufructu rei. Respicit enim illa adiectio, legati effectum, non diminutionem inducit. Parum enim quoad effectum ab vsufructuario distat, qui rem onere fideicommissi subiectam possidet, & si verus sit dominus, & proprietatem habeat. Concordat Papinianus *in l. Donationes. 31. §. 1. ff. de dona.* vbi ponit casum, in quo mater ad filiæ vsum, rem donauit, & sub ea cautione, eã maritus accepit, & nihilominus respondetur: proprietatem fuisse donatam, non vsumfructum tantum,

tantum, concessum, & ibi gl. verbo, puellę, eōcordantia iura citat, & Bar. *in l. Libertis. ff. de alim. leg. & Alphab. aureus fol. 153. col. 2.* inter quæ notabile est ad propositum nostrū Marcelli responsum in *l. fi. ff. de vsufr. earum rerū*: vbi similiter pecuniæ mihi, ad vsum meū fuerunt legatæ, & nihilominus proprietatē ad me pertinere, Marcellus probat. Ex quib. sane probabilis hæc redditur sentētia, quam magis videtur probare Ang. *in d. Auth. hoc locum in fin. C. si secundo nupserit mul.* Vbi ex præcedentibus aliud, ex mente & voluntate contrahentium, non enunciabitur: *ex adnotatis in l. Si seruus pluriū. 50. §. fi. ff. de leg. 1.* ibi, *ante omnia ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis in qua versatus est, exquirēda est, sed & mens patris familias, & legatarii dignitas & charitas, & necessitudo, iam eorum quæ præcedunt, vel quæ sequuntur, summarum scripta sunt spectanda.*

4 Vidimus † etiam agitatū in praxi vtilē casum, & scitu dignū. Quidam cum apud Indos haberet filium, sic testamento suo cauit: *Si filius meus qui absens est, in patriam non redierit, ad talem emphyteusim, nomino Semproniū*, vel sic, *si mortuus filius meus est, nomino Titium*. Quam in foro agitatā extra omnem controuersiā esse quamplures tā aduocati, quam nostri ordinis peritissimi viri opinabantur, Intelligentes nominatū, filium non esse. Etenim cū sit positus in conditione, in dispositione non est. *glo. & DD. in l. Lucius 85. de hered. inst.* habetur *in l. Ex facto. 19. eod. tit.* vbi gl. fi. Bar. & alii resoluunt cōmuniter. ex illis verbis, *si Seius hæres nō erit, sit hæres Sempronius*, neutiquā videri, Seium hæredē institutum, seu ad hæreditatē vocatum. Tum quia verba sunt cōditionalia & enunciatiua & propterea nihil disponunt. *l. Gallus. §. in omnibus. ff. de lib. & posth. l. si quis 16. §. 1. in fi ff. de vulg. Paul. & Roma. n. 1. in d. l. Ex facto. Bar. in l. Ex hac scri. n. 3. ff. de donat. Imol. in l. qui volebat. ff. de hered. inst. col. 2. ad fi. Alex. in l. Gallus, in pr. n. 6.* optime Aret. *l. cohæredi, §. fi. col fi. ff. de vulg. Ias. in l. Si ita legatū, in fine pr. ff. de leg. 1. Gom. latius in 2. tomo. c 3. n. 23.* Et est in promptu ratio, quia verba enunciatiua regulariter non disponunt *l. Titia. 35. in prin. ff. leg. 2. cum aliis quæ iam supra adduximus, & omnes tradunt in l. ex his, C. de test. mil.* Quocirca nec verba conditionalia disponere valent, *l. si quis. 8. ff. si quis omissa causa testa.* quamobrem quia in casu quem tractamus, duæ concurrunt regulæ, quarum altera respicit verba enunciatiua, altera verba conditionalia, quarum vtraq; negat dispositionem, vtriq; omnis cessat disputatio *gl. fi. d. l. Lucius. Imola d. l. ex facto, post prin. ff. de hered. inst. Rimi. cons. 182. nu. 19. vol. 1. Franc. Mar. q. 320.* Tum etiam quia illa verba, *Si filius absens, in patriam non redierit*, & illa, *si mortuus est*: magis diriguntur ad nominationis extinctionem, quam illius inductionem. Qua ratione cum ad diuersum finem sint prolata, nominationem inducere non possunt, *l. Legata inutiliter ff de adim leg.* quo argumento vsi sunt Imol. & Dynus, *d. l. qui volebat. col. 2. ad fin. ff. de hered inst. & Anch. cons. 137 n. 3.* Ex quibus procuidubio videtur resoluendū, filiū nominatū nō esse, quamuis ille viuat, aut in patriam reuertatur.

5 Quibus † tamen non obstantibus oppositum probabilius est, ex singulari sententia Ang. *in l. Legatis. C. de leg.* resoluentis regulam *gl. fi. d. l. Lucius. ff. de hered. inst.* locum nō habere in legatis in quibus filius positus in cōditione, dicitur positus in dispositione, qua ratione ex illis verbis, *si filius meus viuus non est nomino Semproniū*, & illis, *Si in patriā nō redierit*, dispositio inducitur, per argumētum a sensu contrario, quod sit nominatus, si adhuc viuit, aut in patriā reuertatur. Nec mirum, quia in legatis nuda voluntas quouis modo explicata sufficit, secundū quod supra adnotauimus, & habetur *in l. nutu. ff. de leg. 3.* Quod idē in nominatione emphyteutica obseruādum esse iam diximus. Ergo ex Angeli sentētia in d. loco resoluēdū necessario est, ex illis verbis filiū nominatum esse. Ang. opinionē & doctrinam sequuntur Ias. qui illā commēdat *in l. Et in epistola, Cod. de fideic. & in d. l. In legatis*, vbi dicit, quod sibi multum placet, *idem Ias. lib. 1 cons. 4. col. pen vers. 5. Corn cons. 146 lib. 2. col. 5. sequitur, & Corr. lib. 2. Miscella. cap 19. num. 5. Cotta, in verbo. filii in conditione positi, limi. 1. & Gerar. sing. 61.* Iuuat ad propositum elegans Pauli responsum *in l. si ita. 39 ff. de bonis liber.* vbi in fauorem patroni, secundum quod Ias. explicat *in l. Gallus, in prin n. 42. ad fi.* ex his verbis, *Si decē dierum operas non dederis, nummos decē dare promittis?* respondet operas promissas esse, sic ergo filii fauore in casu nostro respondendum est ex illis verbis, *Si filius in patriā non redierit*, & ex illis, *si mortuus non est*, induci nominationē filiū fauore, vt d. loco inducitur fauore, patroni operarū promissio, & ex verbis enūciatiuis, in fauorē filiorum induci dispositionem, probat I. C. *in l. Vnum ex familia. §. fi. ff. de leg. 2.*

Nec † mouere quempiā debent, supra in contrariū adducta, quia si bene cōsideras, loquuntur, & procedunt in hæredis institutione, ad quam requiruntur verba directa, & dispositiua *l. Iubemus. C. de test. Bar. in l. Illa institutio. ff. de hered. inst. n. 2. DD. in l. Gallus, in prin.* contra Bar. ibi, resoluentes, quod tacita voluntas, & coniectata non sufficit, *vt habetur in l. Vnica, Cod. si tabulæ testam. non exta.* Quare nec verba cōditionalia institutionem inducunt, *Galeaul. in l. Centurio. ff. de vulgari. n. 463. Costa in l. Gallus. §. & quid si tantū. ff. de lib. & posthum. par. 1. num. 21.* Quæ est ratio, propter quam nec grauatus dicitur esse institutus. *l. hereditas. 65. Dig. de heredi. instit.* quia institutio exigit verba expressa. *Bart. Bald. & Imol. ibi, & Alex. cons. 24. n. 8. lib. 3.* licet Ias. *in d. l. Centurio nu. 57.* intelligat oppositum, respondendum fore, vbi quis, erit grauatus fideicommisso vniuersali, ex quo grauamine credit posse institutionem induci, quod minime verum esse existimo: Obstat enim ratio prædicta, in vtroq; grauamine, quæ militat, siue particulare, siue etiam generale illud sit, quod certe probare Imperator mihi videtur *in §. imprimis, instit. de fideicommissa. hæredita.* 6

Caue † tamē, quia idē quod in institutione hæredis, suprascripti interpretes resoluūt, in legatis obseruandū est contra Ang. *in d. l. in legatis adnotauit Ias. in l. 1. C. de pactis. n. 12.* per tex. *in l. Si quis sub conditione. 4. ff. si quis omissa cā. test.* vbi Titius fuit institutus hæres sub cōditione, si Sempronio decem daret. Titius omissa testamēti causa ab intestato maluit hæreditatem habere, Sempronius ex eo edicto volebat sibi prouideri circa. x. legata, respondet I. C. iure id non petere, quia legata sibi. x. non fuere, ibi, *Et magis est ne subveniatur, nec enim legatarius est*: quā sententiā probāt Soc. & Galeaul. quorum meminit Couar. *in c. Raynutius. §. 3. nu. 6.* concordat Cōtta *d. verb. filii in conditione.* qui docēt hac in re nullam cōstituendā esse differentiā inter hæredis institutionem, legata, & fideicōmissa, quod 7

& ipsum tradit Mencha. *de succes. progressu.* §.4.n.5. in quibus omnibus, positi in cōditione non sunt in dispositione, quare prior vti verior amplectenda sententia est: ex auctoritate tenentium contra Ang. quibus adde Curt. *l.1.C.pactu.n.6. Claudi. in l. Ex facto.§.ex facto.col.1.ff.ad Treb. Galeau. in l. Centurio ff. de vulg. n.* 98. *in fi. Alc. l.1.§.si quis ita n.10. de verb. oblig. Gom. in 1. tomo. c.5.n.42. vers. quam communem.*

8 Potest † tamen notabiliter Ang. sententia defendi, quādo positus in cōditione est a loquente, disponente grauatus: est .n. grauamē euidens honoris iactura, ex his quæ supra resoluimus *q.1.nu.71. in prin.* Et in specie, quod adiuncto grauamine verba conditionalia disponant post Bar. & plures alios resoluit Soc. *lib.1.cons.77.col.4. Alex. & Galeau.* quorum meminit Cotta *verbo filii in conditione, fallen.4.col.206.* & in terminis adnotauit hoc Bal. *in l. vnum ex famil. §. sed & si fundum. ff. de leg. 2.* firmans, electum videri eum de familia, qui fuit grauatus rem alii dare, in quibus terminis, eum ibi intelligens Peralta *in prin.* probat per tex. ad id notabilem *in l. Deniq; §. interdum. ff. de peculio lega.* vbi liberto dicitur peculium legatum, quando ex illo 100. Titio dare fuit ille grauatus, *Bart. in l. Centurio, nu. 37. ff. vulga. & ibi omnes alii DD. & Peralta in l. Titia. §. 1. ff. de leg. 2. pag. 412. col. 2. post n.16.* Quo argumento si habens emphyteusim, iussit me ex illius redditibus aliquot vini, aut tritici mēsuras alii dare, vtique dicendum est, quod me nominauit, quoniam aliter minime possem dictas mensuras pręstare, quocirca cum nominatio sit antecedēs necessarium, sine quo stare grauamen non potest, vtiq;
9 concessa censenda est, *ex regula l. 2. ff. de iurisd. omni. iud.* Ang. autem sententia supra relata defendi potest, quādo vltra verborum conceptionem, concurrit aliqua coniectura voluntatis, quod testator voluerit disponere, & legare. *Corn. cons. 97. col. 2. lib. 1. & 146. lib. 2. col. 5. Soc. cons. 116. lib.* 3. qui inter alias coniecturas *n.3. vers. 2.* hanc ponit, quando filius in conditione positus fuit grauatus: Concordat Cotta, *verbo, filii in conditione, limit. 3. in fin.*

Caue † tamen, quia vt Peralta *in l. Vnum ex familia. §. sed & si fundum, col. 2. post prin.* aduertit, hæc resolutio suspecta redditur, si consideras, quod grauamen emphyteutæ nominato impositum, nullius est roboris, & momenti, quia ille nominans de suo nihil pręstat, propter quod nominatum grauare possit, secundum regulam l. *Ab eo, C. de fideicōmissis. d. l. Vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* Quare ex eo, nullo grauamine, induci nominatio non debet: quoniam quod nullum est, effectum producere non potest, quo argumento Peralta intelligit in casu illius l. *Vnum ex familia*, electum non videri, grauatum rem extraneo restituere, quia nullius momenti est, secus vero, si grauetur alicui de familia dare, quia tunc grauamen tenet, & inducere electionem potest. Quocirca in casu nostro, quia de consensu nominati impositum grauamen tenet, *vt infra tractabimus. 3. par. sup. § fi. titul. 63. q. 13. n. 17.* consequens est, nominationem induci, volente nominato grauamen adimplere, quæ vtilis est sane resolutio, per quam impositum grauamen necessario adimpleri debet: *ex his quæ tradit Peralta in l. Titia. §. Lutius, in 1. post n. 18. ff. de leg. 2. per l. Si filius, ff. de vulga. iuncta l. Si patroni. § qui fideicommissaria, vers. quid ergo* ibi, *Cur non videatur indignius, vt qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate. ff. ad Trebell.*

His † adde, sufficere, quod testator dicat, Titius sit contentus tali emphyteusi, erit enim nominatus, & emphyteusim habebit, per ea enim verba dicitur concessum fideicommissum *l. Peto. 71. in prin. ff. de leg. 2. Guido Papa q. 93.* & est bonus tex. *in l. fideicommissa. 11. §. cum esset, in fine. ff. de leg. 3.* ibi, *si quis ita scripserit, sufficiant tibi vinea, vel fundus, fideicommissum est: quoniam illud fideicommissum esse arbitramur, contentus esto illa re.* Tradit Peralta, *in l. Titia cum nuberet n.4. pag. 454. in prin. ff. de leg. 2.* vbi quod hoc ita in praxi fecit obseruari, firmat. 10

ARGVMENTVM.

Nominatus in parte emphyteusis an totam consequatur.

SVMMARIA.

1 *Nominatus pro parte, an totam emphyteusim consequatur.*

2 *Emphyteusis est indiuidua, & interpret. Ord. Regia. lib.4. tit.77. §.35. Tradens rei indiuiduæ partem totam tradere videtur.*

3 *Ius accrescendi non habet locum in contractibus. Ius accrescendi in emphyteusi pluribus concessa, locum non habet, quia plures sunt in ea specie concessiones distinctæ, & separatæ. Secus si concessio sit vnica tātum, & vni tantum concessa, quæ si postea veniat ad plures acquirētis hæredes, inter eos ius accrescendi negari non potest.*

4 *Ius non decrescendi locum habet in contractibus, & emphyteusi.*

Ordinatio lib.4. tit.62. §.3. limitatur, vt non procedat dato iure accrescendi.

5 *Fallit, si dominus consensit, quia facta est diuisio.*

6 *Nominatus cum clausula, quod post mortem parentum totam consequatur emphyteusim, illis vero viuis partem tantum, an altero mortuo consequatur illius partem.*

7 *Nominatus a parentibus post mortem, altero mortuo partem consequitur, ad illum pertinentem, ponderata l. Lucius 78. §. Caio. ff. ad Trebel. & l. fin. §. filium. ff. de leg. 2.*

Marito, & vxore simul, & eadem charta testantibus de eo, quod post mortem suam placuit sibi fieri, altero præmortuo, quoad partem suam, exequendum est testamentum, eiusque hæredi scripto bonorum pars tradenda est.

8 *Interpretata lex, Heredes mei. 57. ff. ad Trebel. & §. cum ita. n.18.*

Voluntas defuncti, præferenda est verborum rigori.

9 *Concessum mihi, post parentum, seu plurium personarum mortem, pro parte tangente decedentem, mihi statim debetur.*

10 *In contrarium, pro parente, quod viuus debeat frui tota parte dimidia.*

Pōderata l. pen. C. de impub. & aliis subst. n.10. & n.11. In solidum videntur parentes emphyteusim reseruasse.

11 *Interpretata l. pen. C. de impub. & aliis subst. & n. 13. & 14.*

12 *Dictio, vterque, collectiua est, & requirit vtriusque collecti concursum. n. 12. & 18.*

13 *Legitima hæreditas dicitur, quæ defertur ab intestato.*

14 *In contrarium, grauamen impositum vltimo possessori præsupponit fideicommissum in aliis.*

15 Di-

15 *Directa institutio, & substitutio ex præsumpta voluntate non procedit, secundum veram sententiam, contra plures.*

Directa substitutio, vt ex coniecturata defuncti voluntate possit induci, necessaria sunt verba.

16 *Debet grauamen impositum vltimo possessori respicere totum fundum, vt inter reliquos inducatur fideicommissum.*

Satis est quod indefinite grauetur fundum restituere.

QVÆSTIO III.

1 SVperioribus † addenda est alia vtilis, & frequens in foro quæstio, nõ rustica quidem, sed inter rusticos plerunq; contingens. Consueuerũt emphyteutæ, maxime rustici, filias pro parte dimidia nominare ex causa dotis, & quandoq; filios vxorem ducere volentes, modo scilicet, & forma sequenti: *Dixitq; puellæ pater, quod habebat talẽ emphyteusim, in tertiã generationẽ, seu vitam, trium personarũ, concessam, cuius partem dimidiam dabat, & dotabat, ex causa dotis filiæ, &c.* Testamẽto deinde, pater decedẽs respectu alterius partis alium filiũ, aut filiam nominauit. Magna iam exoritur, inter hos fratres quæstio. Primus cõtendit totã emphyteusim ad se pertinere, intelligens sufficere sibi ad totam illam consequendam, nominationem pro parte factã, cuius contrariũ, secundo loco nominatus prætẽdit: quia pater partẽ tantũ dimidiam illi dedit, & limitata causa (inquit) limitatũ producit effectũ, *vulgata l. In agris. Digest. de acq. rerum dom.* Quæritur, *quid iuris, & quis iustius induat arma?* Profecto hæc vtilis est controuersia, scituque digna, quam (nisi ego fallor) vix reperies per quempiam tractatam, super qua ego non semel consului.

2 In † fauorẽ filię, cui pater in dotem partem dedit, considerabam aliquando induci posse, quod nostra lex Regia docet, *lib. 4. tit. 77. §. 35.* emphyteusim rem esse sua natura indiuiduam vt ex illis verbis legis apparet, ibi. *Porque os taes prazos, segundo natureza dos foros, nano se ham de partir, &c.* tradunt nostri *in l. fin. C. de iure emphyteutico*, & Canonistæ *in c. potuit, de locato.* Quo argumẽto respondendum est, quod pater nominans, seu eligens filiam pro parte, per quandam consequentiã, videtur illam nominare ad totã, quia in indiuiduis, qui partẽ dat, dicitur totum dare, *l. 1. §. Ex fundo. ff. de hered. inst. habetur in l. Quoties. Cod. eod. tit. & tradit Manfre. de Regni Fran. successione. q. 2. n. 17. Molina lib. 1. de primog. c. 9 nu. 6. & ante n. 20.* qui resoluit filium, non implentem votum paternum, toto Regno propter indiuiduitatem priuari, *vt voluit gloss. recepta in c. Licet, de voto.* Facit quod tradit Pelaez *lib. 1. q. 34.* resoluens, tradentem rei indiuiduæ partem, totam tradere cẽseri. Iuuat bonus text. *in c. 1. §. 1. de contro. inuesti.* vbi ex possessione partis feudi arguitur ad totum feudum, quod pertineat ad eum, qui partem possidet. & reddit rationem Bal. *ibi nu. 2.* ad casum nostrum, vnice conducentem, quia (inquit) feudum est indiuiduum, & propterea ex parte infertur ad totum integrale, *sequitur Affli. ibi, num. 12. & probant ceteri feudistæ, idem Affli. num. 13. in ca. 1. de fratre de nouo beneficio inuest.* Quare iuris ratio postulat, idem respondendum fore, in casu proposito, quod de nominatione facta pro parte, fiat argumentum, ad totam emphyteusim.

3 Caue † tamen, quia ista videntur omnino cessare in casu, quem tractamus, quia sumus in materia contractuum, quorum natura, ignorat ius accrescendi, secundum receptam nostrorum traditionem, *in l. Si mihi, & Titio. ff. de verborum obliga.* Quapropter in emphyteusi, ibidem communiter omnes probant, *& in l. Vnica, Cod. quando non peten. partes.* Rursus, *& in l. Re coniuncti. ff. de leg. 3* negandum esse ius accrescendi. Qua ratione videtur respondendum, quod filia pro parte nominata debet illa tantum esse contenta, siquidem aliam partem habere, & consequi non potest, nisi per ius accrescendi, quod in emphyteusi locum non habet.

Sed responde, cum Bal. in auth. *si quas ruinas. C. de sacrosanctis eccles. col. pen. vers. c. vlterius*, quod in emphyteusi pluribus concessa, ius accrescendi sibi locum non vindicat, quia plures sunt, in ea specie, concessiones distinctæ, & separatæ, *secundum adnotata in l. Scire debemus. ff. de verborum obliga.* Quapropter cessat ius accrescendi, in quibus sane terminis loquuntur, DD. *in d. l. Si mihi, & Titio. per tex. ibi.* Quare contrarium obtinet, quando emphyteutica concessio, est vnica tantum, & vni duntaxat concessa, quæ licet postea ad plures perueniat, scilicet acquirentis hæredes, inter eos negari non potest ius accrescendi, vt ibidem Bal. probat, & est adnotandum, quod Bal. loquitur, in emphyteusi in partes diuisa, inter plures, & nihilominus concedit, inter eos locum habere, ius accrescendi.

Vlterius † Bal. *in d. auth. si quas ruinas, col. fi. in prin.* 4
notabiliter resoluit, quod quando emphyteusis est vnica & pro vnica tantum pensione constituta, singulis annis soluenda, non est quæstio de iure accrescendi, sed magis de iure, non decrescendi, quia inquit, res est vnica, & indiuidua, qua propter, negari nominato pro parte, tota emphyteusis non debet, siquidem satis certo scimus, quod ius non decrescendi, locum habet in contractibus, *l. Aquam. ff. quemadmod. serui. ami. l. Proprium ff. communia prædiorum, & ibi DD communiter, & in d. l. Si mihi, & Titio. Digest. de verbo. oblig.* firmat communem Gutierrez. qui alios refert. *in l. Vni. Cod. quando non peten partes num. 15.* Quapropter in emphyteusi, de qua agimus, ius non decrescendi locum habere, consuluit Ang. a sancto Ioanne, *consil. 9. per totum & Afflict. cap. 1. de fratre de nouo benef. inuesti. num. 13. cum seq.* Imo vt Ang. *in d. loco* adnotauit, in emphyteusi post mortem patris, ad filios peruentura, negari ius accrescendi non potest quia mortis causa capiunt. Quare concedi ius accrescendi, necessario debet, quod in mortis causa capione, sine dubio locum habet, secundum communem *in d. l. Vni. C. quando non peten partes:* & in eo loco latius prosequitur Ang. & fuit sententia Bald. *in d. Auth. si quas ruinas.* Ex quibus, proculdubio hæc videtur tenenda sententia, maxime quando pater, respectu alterius partis, neminem nominauit, quo casu potentius ius videtur habere filia, pro parte nominata, quasi paternum etiam pro se habeat iudicium, qui cum alium nõ nominauit, voluit totam emphyteusim per ius non decrescendi ad filiam peruenire, & consequenter audiendum non esse primogenitum, ex regula *l. Regia libr. 4. titul. 62. § 3.* quæ ad eum casum restringi debet in quo pater, nec viuus, nec moriens de emphyteusi

modo aliquo disposuit, in quo sane casu, illa lex Regia loquitur, non quando etiam pro parte alium filium, aut filiam nominauit: in qua specie cessat ratio *d. l. Regia*, in fauorem primogeniti edita, intelligens patrem, id magis voluisse, ex regula *l. Arethusa, Digest. de statu homi.* vbi tanquam magis dilectus primogenitus, dicitur electus, quando nullus alius reperitur nominatus. Hæc, inquam, ratio cessat, quando pro parte saltem, pater in vita disposuit quoniam tunc magis videtur voluisse, iuri accrescendi locum dare, & consequenter nominatam filiam, pro parte, totam emphyteusim habere. Manifesti enim iuris est, ius hoc accrescendi locum habere, secundum voluntatem defuncti, volentis partem parti accrescere, vt est text. singularis *in l. Si Titio, & Meuio. §. Iulianus, Digest. de leg. 2. ibi, quasi substitutus, & ibi gloss. verbo, cum suo onere.* id adnotauit communiter recepta, *teste Sapia. in d. l. Vnica. Cod. quando non peten. partes. num. 4. & Alex. in l. Si seruus communis. ff. de acq. haredi. Ripa in l. 3. n. 17. ff. de leg. 1. Gutierrez. in d. l. Vnica. num. 19.* Qua ratione ius hoc accrescendi excludit venientes ab intestato, *vt in d. l. Vnica probatur, & in l. Re coniuncti. ff. de leg. 3.* Quamobrem dicendum est, quod in casu prædicto, filia proprie nominata præferri debet filio masculo, abintestato succedenti, non obstante dispositione *d. l. Reg. libr. 4. tit. 62. §. 3.* cuius ratio, & decisio huic, quam tractamus, speciei, non conuenit, licet quidam contrarium opinentur.

5 Quorum † tamen sententia, defendi posse videtur, quādo domini directi, fuit adhibitus consensus, in quo casu, in duas partes, videtur diuisa, emphyteutica concessio, & consequenter cessare ius accrescendi, quod locum non habet, vbi plures sunt concessiones, *vt proxime resoluimus.* Dummodo tamen diuisa etiam sit pensio, soluenda in partes, ita quod is nominatus pro parte, teneatur partem pensionis soluere, in quo casu, ego intelligo, duas fieri concessiones diuersas, & distinctas, & sic cessare iuris accrescendi quæstionem. Cæterum si dominus, noluit, pensionem diuisam esse, sed magis insolidum, filiam nominatā ad emphyteusim teneri simul, & parētem, penes quem pars emphyteusis manet, vtiq; contrarium responderem: imo quod erit locus iuri accrescendi, seu nō decrescēdi: quia vnica tantum, est adhuc emphyteusis duobus nempe in solidum concessa, inter quos negari hoc ius accrescendi non potest, vt resoluunt DD. *in d. l. Si mihi, & Titio. ff. de verborum oblig. Ias. in l. Re coniūcti. ff. de leg. 3. n. 184. & ibi Ripa. n. 164. & Crotus n. 175. Cotta. verbo emphyteusis cōcessa. col. 159.* Cessat enim hoc casu diuisio & vnica tantum manet emphyteusis, quę antea erat, cum ea clausula, quod apud duos manere possit, insolidum: siquidem insolidum ad pensionem tenentur, vt in specie adnotauit Bal. *in auth. si quas ruinas. col. fi. in prin.* Nec parum iuuat, quod post Bald. *in d. l. Vnica. Cod. quando non peten. part. q. 11. vers. sed quid si dominus,* resoluit Decius *cons. 263. ante nu. 3. cum seq.* firmans ex noua domini concessione, de eadem re duobus facta, non impediri ius hoc accrescendi, aut decrescendi, si stante prima concessione, illi locus erat: quare nec ista, de qua agimus, diuisio illud impedire debet.

6 Sed † iam se se offert, vtilis admodum, & non minus frequens, pertractanda quæstio, quæ huic loco recte conuenit. Consueuerunt, maxime in prouincia Interamnēsi, rustici filias, cum maritis tradunt, nominare ad emphyteusim quā habent pacto, & clausula adiecta, modo sequēti: *Dixerūtque Sempronius, & Seia sponsæ parentes, quod ipsi habebāt, & obtinebāt talē emphyteusim, a tali monasterio, seu ecclesia, ad vitā trium personarum cōcessam, quarum ipsi prima erant, & secunda, potestatemq; habebāt nominandi tertiam. Quapropter præfatā sponsam filiā suam nominabant, iusq; tertiæ personæ trāsferebāt, hac lege, & pacto, quod ipsa parentib. superstitibus, parte dimidia vtatur, & fruatur, altera parte sibi reseruata, quoad vixerint, taliter quod post eorū mortē illa cōsequatur, & habeat integram emphyteusim.* Contingit deinde mortē obire parētem alterū, filia statim illius partē, & gener vendicant, intelligētes penes superstitē, quartā partem integralis emphyteusis tantum mansuram, is negat, intelligens sibi dimidiam partem iuxta formam contractus, necessario adiudicandam esse. Frequens est in foro hæc quæstio, de qua sæpissime fuimus interrogati, & in ea consuluimus: in terminis autem neminem vnquam pertractantem reperies.

Ego † in fauorem nominatæ filiæ, quod posset defuncti parentis partem vendicare, quarta tantum dimissa superstiti, inducebam text. ad id notabilem, *in l. Lucius 78. §. Caio. ff. ad Trebell.* vbi Scæuola I. C. similem proposuit speciem. Testamentum quidam cum fecisset, hæredes scripsit Caium Seium ex semisse, Titiam ex quadrante & alios ex reliquis portionibus scripsit hæredes, Deinde ita cauit. *Fidei autem vestræ mando Cai Sei, & Lucia Titia, vti post obitum vestrum, reddatis, restituatis Titio, & Sempronio in o semissem patrimonij, & portionis eius, quam vobis dedi. Quæsitum est, cum vtrique adierint hæreditatem, & postea Caius Seius defunctus sit, Lucia Titia harede instituta. an hæc Lucia Titia partem dimidiam semissis, quā rogatus erat, Caius Seius restituere, protinus debeat an vero post suam demum mortem, vniuersum fideicommissum, tam ex sua persona, quam ex Caij Seij, datum restituere debeat? Respondi Luciam Titiam, statim teneri, vt partē dimidiam semissis, ex persona Seii restituat.* Quæstio igitur ibi fuit, *an statim altero mortuo, eius partem posit Sempronius petere, an vero vtriusque debeat mortem expectare, vt sic simul integrum habeat fideicommissum, non in partes diuisum*: quare respōdit Iureconsultus expectandum non esse vtriusq; obitum, sed altero mortuo, Sempronio illius portionem deberi. Ex quo respōnso notat ibi Bart. quod si duo, post mortem eorum restituere rogantur, vno mortuo statim pro parte competere fideicommissi petitionem, idem quoq; respondit Scæuola, *in l. fi. § filium ff. de legat. 2.* vbi defunctus filium, & filiam hæredes instituit, & quædam bona libertis legauit eorumque fideicommisit in hæc verba: *A vobis peto, vt quicquid vobis legaui, eo contenti sitis viuentes: vt post vos, filiis meis restituatis: defuncta testatricis filia Mæuia, libertus decessit, harede instituto patrona filio ex parte debita, ex altera extraneo. Quæsitum est, an adita hæreditate liberti, patronæ filius, a cohærede suo, partem eorum, quæ ex testamento matris, ad Mæuium libertum peruenerant, petere possit: Respondi, eius quod ei deberetur, si hæreditatē non adiisset partē, a cohærede petere posse.* Ecce ibi textū expressū, vbi ex libertis quidā decessit, cuius portionem, petebant filii, eam negabant colliberti, in-

ti intelligentes omnium mortem expectandam fore, Scæuola respondet, potiorem esse, filiorum causam, illosque multo rectius contendere, quibus, cuiusq; liberti portio statim deberetur, non expectata aliorum morte. Quamobrem ibi Bartolus colligit, pluribus post eorum mortem simul rogatis, vno mortuo, aliis superstitibus, fideicommissi petitionem statim competere. Quo circa in proposita specie, illa verba, *post eorum mortem, integram consequatur emphyteusim*, quamuis sint numeri pluralis, in singularitatem resoluuntur, & ita accipienda sunt, ac si separatim de vtroque facta fuisset mentio, vt notabiliter ad propositum ait Paulus *in l. Falsa. 33. §. fin. ff. de conditio. & demonstrat.* vbi quis Stichum & Pamphilum legauit, si sui erunt, cum morietur, quorum alterum postea cum alienauerit, alterum vindicat legatarius, excipit hæres verba, fuisse, per numerum pluralem emissa, & sic oportere, quod vterque seruus penes testatorem foret tempore mortis, nihilominus Iurisconsultus respondet, legatarium audiendum, ex ratione supra allata, quia licet verba, ad plures referantur, in singularitatem resoluuntur, quasi separatim de vnoquoque testator loquutus fuisset, ibi, *& placet vindicari, nam hunc sermonem, licet pluralis sit, pro eo oportet accipi atque si separatim dixisset, Stichum si meus erit cum moriar, Pamphilum, si meus erit, cum moriar, do, lego*: Nam cum res sint distinctæ, & diuiduæ, diuisam & separatam interpretationem patiuntur: quia quot sunt res, seu personę, tot sunt censenda legata, *l. Scire debemus. ff. de verborum obliga.* Quo argumento vtiliter Soarez *in l. Quoniam in prioribus C. de inofficio. test. fol. 74. col. 1. limi. 5.* resoluit marito, & vxore simul, & eadem charta testantibus, de eo, quod post mortem suam, placuit sibi fieri: altero præmortuo, quoad partem suam, exequendum esse testamentum, eiusque bonorum partem, hæredi scripto esse tradendā: Nam quanuis duorum sit testamentum, & vnicum tantum esse videatur, in pluralitatem resoluitur, propterea quod plures testatores sunt, & plura testamenta censentur, quæ morte, cuiusque, pro parte sua confirmantur, & pro libito reuocantur: licet vnica tantum charta, & solemnitate conficiantur, vt habetur *in l. Eo quod, Cod. si cert. peta. & in specie Oldra. cons. 174.* cuius meminit Mota *in l. 1. ff. de test. nu. 4. & Euerar. cons. 79.* latius Minsinger *lib. decisio. camer. Imperialis, centur. 1. obserua. 8. Bald. in auth. cum antiquitas. C. de testam. idem Bald. Salic. Ang. & alij in l. Licet. C. de pactis. & ibi etiam Bar. Tellius Fernandez in l. 17. Tauri n. 13.* tradit Bart. per tex. *in l. Siquis. 6. § si initium. ff. de edendo.* Bar. inquam, *in l. Patris, & filii, in fine. ff. de vulga. & ibi Iaso. nu. 7. & Claudi. ad finem.* Quo argumento, in casu nostro similiter respondendum est, promissionem parentum, de parte dimidia obtinenda, post eorum mortem, resoluendam esse, in singularitatem, & consequenter, quod per mortem matris, filia statim consequatur partem, seu portionem ad illam pertinentem, deinde mortuo patre aliam partem & sic integram emphyteusim, ex d. iuribus, & eorum, quæ de pluralitate in singularitatem resoluenda, tradit Alexan. *in l. Iam hoc iure. ante num. 7. ff. de vulga. & Iaso. in l. Quamuis. prope finem. C. de impub. & alius substit.* latius *Ang. in Rubrica Institut. de iure personarum col. 2. Pala. in l. Tauri. 27. nu. 78. Thomas Gramma. in d. rub. n. 1. & 2.* in specie resoluens, post Iaco. de Are. & Fabr. quod si maritus & vxor dicunt, *donamus Titio, post mortem nostram, omnia bona nostra*, altero mortuo, statim illius partem consequetur Titius, non sperata alterius morte, citat *d. l. Lucius. §. Caio ff. ad Trebellia.* Concordat *Iaf. in l. pen. C. de Impub. & aliis. nu. 8 gloss. fin l. 27. Tauri col. fi. in prin. fol. 84. in prin.* per quem ibidem Gramma. resoluit, quod emphyteusi, ab ecclesia, concessa Titio, & Sempronio fratribus, adiecto pacto, quod post mortem eorum, decedentium sine liberis, illa reuertatur ad ecclesiam, & alter sine sobole decedat, eius portio, inquit, reuertitur ad ecclesiam, non spectata amplius morte fratris, quia quoad illius portionem, impleta est conditio, si sine filiis decesserit. Quæ fuit sententia Bar. ibidem, communiter recepta, *in l. Si mihi, & Titio. ff. de verborum obligation.*

Corroboratur † ea opinio, ex Papiniani responso, *in l. Haredes mei. 57. Digest. ad Trebelli.* vbi pater, qui 8
duos habebat filios, hæredes scripsit, deinde iussit, vt eorum, qui prior obiisset, sine filiis, partem suam superstiti restitueret, at si vterque, sine sobole decederet, voluit omnem hæreditatem ad neptem, quam habebat, pertinere. Contingit alterum filium suscepta prole, obiisse mortem: quare substitutioni non fuit datus locus: Deinde, alter filius sine filiis decessit. Neptis huius portionem petebat. Ex aduerso opponebatur, verba defuncti repugnare, secundum quorum tenorem, tunc demum vocata fuit neptis, cum vterque filius sobole careret ibi, *quod si vterque sine liberis suum diem obierit, omnem hæreditatem ad hæredem peruenire volo.* Nihilominus tamen Iurisconsultus contrarium resoluit, imo quod nepti, portio sine filiis decedentis concedenda est, idque magis ex mente, quam defuncti verbis, admittendum fore, Papinianus docet, ibi, dum dicit: *neptis prima quidem facie, propter conditionis verba admitti, non videbatur, sed cum in fideicommissis, voluntatem spectari conueniat, absurdum esse respondi, cessante prima substitutione, partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit auus, si nouissimus, fratris quoque portionem suscepisset.* Quæ proculdubio notabilis est ratio, qua docemur, ideo ibi, a verborum proprietate Iurisconsult. recessisse, quia defuncti voluntas, id magis postulabat. Nam eo ipso quod testator voluit neptem, totam hæreditatem habere, si contigerit, eam peruenire ad filium vltimo loco decedentem, vtique intellexit, & partem tantum iure optimo consequuturam, si forte primus cum filiis decesserit prout in casu ibi tractato contingit. In maiori enim summa inest minor: & qui voluit, neptem habere, integram hæreditatem, vtique & partem posse assequi voluit: qua ratione a verborum rigore, licuit discedere, iuxta regulam *l. non aliter. ff. de leg. 3.* Et est celebris illa ratio, quam multis extollit, Panor. *cons. 58. ad finem lib. 2.* quam si recte consideras, vtique intelliges, pōderandum in casu illius text. non esse, quod substituta erat neptis, seu descendens testatoris, in cuius fauorem, communiter DD. intelligunt, eam interpretationem, desumptam fuisse, non attendentes, quod illa ratio generalis est, & cuiusuis extraneo substituto, sine dubio conueniens, quem defunctus voluit, partem habere, quando quidem illum ad totam vocauit hæreditatem, *vt inferius demonstrabimus.*

9 Vides † itaque, quam serio iura nostra probant concessum mihi post parentum, seu plurium personarum mortem, pro parte, quę tangit decedentem, mihi statim deberi, adeo vt sperare aliorum mortem, minime debeam, quod in specie consuluit Euerardus *consil. 203.* vbi casum posuit, in quo pater duas filias, quas habebat, hæredes instituit, & si ambæ sine legitima prole decessissent, substituit Titium, earumque altera, sine prole, decedente, admittendum substitutum ille resoluit. Citat *d. l. Haeredes mei. §. cum ita. Digest. ad Trebellia. & d. l. Falsa. §. fin. ff. de condi. & demonstr.*

10 In † contrarium tamen facit text. notabilis, *in l. pen. C. de Impub. & aliis substi.* vbi pater impuberes filios hæredes scripsit, quibus sub hac forma substituit, si vterque impubes decesserit, Titium substituo, quærebatur coram Imperatore, *an altero tantum mortuo impubere, esset audiendus substitutus?* Et ex Sabini auctoritate, respondet quod non, quia in hac specie, substitutus tantum videtur vocatus, neutro impubere existente: maluit enim defunctus superstitem impuberem succedere, ibi, *nos autem Sabini veriorem sententiam existimantes, non aliter substitutionem admittendam esse censemus, nisi vterque eorum, in prima etate decesserit.* Quo argumento, idem videtur respondendum in casu proposito, vt filius, tunc sit audiendus, cum vterque parens mortem obierit: quasi tunc videatur vocatus, ad integram emphyteusim, non antea, etiam pro parte decedentis, sibi enim ipsis videntur, parentes voluisse prouidere, cum partem dimidiam, statim filiæ largientes, aliam partem pro tempore vitæ suæ reseruarunt, volentes quod post eorum mortem filia, integram emphyteusim consequatur, non prius. Iuuat, quod in *l. Quamuis. 4. Cod. illo titul. de Impuber. & aliis*, habetur, sub hac forma, vulgarem substitutum datum, *si mihi filius, & vxor, hæredes non erunt, in locum eorum Publius, hæres esto.* tunc demum audiendum, cum neuter hæres erit, habetur *in l. Qui duos 42. Dig de vulgari.* Nec minus prodest notabile Scæuolæ responsum *in l. Codicillis 34. in princip. ff. de vsufruct. lega.* vbi defunctus, domus habitationem libertis legauit, quoad viuerent: ita vt post eorum mortem ad Rempublicam, domus pertineret: quæsitum est, *an portio eorum, qui mortui sunt, ad Rempublicam pertineat?* Et respondet I. C. *quoad aliquis eorum viuat, fideicommissum reipublicæ non deberi.* Sic ergo, in casu nostro, respondendum est, quoad viuat alter parentum, filium petentem, decedentis partem, audiendum non esse, sed magis debere sperare, vtriusque parentis mortem. iuxta tex. *in l. Cum ita 39 §. in fideicommisso. ff. de leg. 2. ibi, post eos omnes extinctos.* Et ibi notant DD. nominatos semper præferendos esse, quales in hac specie sunt parentes, qui quoad dimidiam emphyteusis partem nominati sunt, & post eorum mortem, vocata est filia. Quod per supra scripta intelligendum est, post mortem vtriusque, in specie, quam tractamus de emphyteusi, ab ipsis data filiæ, in qua specialis inest ratio, propter quam superstes debet, reseruata dimidia parte, quoad vixerit, frui. Clarum est enim coniugem superstitem, a defuncto coniuge, nihil hoc in casu capere: siquidem ex forma concessionis, ad illum pertinet emphyteusis, loco secundæ personæ, seu vitæ. Quamobrem cum parentes, reseruarunt sibi partem, pro tempore, vitæ suæ, videntur insolidum reseruasse, prout insolidum, ad eos pertinebat, ex natura rei emphyteuticæ, de qua agitur: quare decedentis nulla portio commode considerari potest, quæ possit ad filiam transire, quamdiu alter parens viuit. Quæ ratio cessat in bonis allodialibus, seu liberis, quæ si simul a coniugibus donantur, post eorum mortem, vtique discretiue, & separatim illa videntur donasse, & ius vtendi, & fruendi reseruasse, quoad vixerit alteruter, respectu partis suæ, vt notabiliter explicat Bal. *in d. l. pen. C. de impub.* inferens proinde altero mortuo, posse statim ad eum pertinentem portionem petere, & sic procedunt Thomas Gramma. Iaso. & alij quorum supra meminimus, concedentes, statim mortuo coniuge, posse donatarium illius portionem petere, & vindicare, quia natura rei patitur eam diuisionem, & interpretationem, quod separatim, & discretiue vterque fuerit locutus, & pro tempore vitæ suæ, partem tantum reseruauerit, ad se pertinentem: quem sensum, vt prædiximus, emphyteusis minime patitur, siquidem ex dominica concessione, ad vtrumque insolidum pertinet. Imo, si recte consideras, fateberis necessario emphyteusim pro vita vtriusque, in solidum reseruatam fuisse, nam cum vterque reseruauerit partem, quam habebat, in emphyteusi iure proprio, vtique reseruauit emphyteusim insolidum, quæ ad vtrumque pertinet insolidum, secundum dominicam concessionem. Quapropter mortuo altero parente, nihil de nouo superstes consequitur, quod ad filiam, ratione premortui parentis, transire valuerit, quod profecto, ex Bal. ratione *in d. l. pen. C. de impub.* plane deducitur verum esse. Et adstipulatur Barba. *libr. 3. consil. 67. col. 3. & 81.* Ex qua resolutione, superfluum iudicaueram, amplius insistere, super interpretatione iurium, quę pro parte contraria citantur, quorum difficilis admodum inuestigatio est: Nam quod ad propositum nostrum attinet, satis videbatur resoluisse, in contrarium adducta argumenta procedere posse in bonis allodialibus & exemptis quorum respectu, sermo parentum intelligi potest diuisim, & discretiue prolatus, quasi pro parte sua quisq; disposuerit, & eã pro tempore vitæ suæ reseruauerit: quæ ratio applicata emphyteusi, contrarium suadet in ea obseruandum fore. Ne autem existimes, me iurium difficultatem effugere, his commode respondere conabor.

Et † imprimis tex. *in l. pen. C. de impub. & aliis* (vbi duobus impuberibus filiis suis hæredibus institutis, testator adiecit: *Si vterque impubes decesserit Titius hæres esto*) probat, substitutum, altero mortuo, admittendum statim non esse, quoniam eum superstes excludit, ex mente loquentis, qui maluit, superstitem cohæredem impuberem, eundemque defuncti fratrem, ab intestato succedere, vt ex illis verbis, plane colligitur, dum Imperator ait, *Et placuit Sabino substitutionẽ, tunc locũ habere, cũ vterque decesserit: cogitasse enim patrẽ, primo filio decedentẽ, fratrem suum in eius portionem succedere. Nos eiusdem Sabini veriorẽ sententiã existimãtes, non aliter substitutionẽ admittendã esse censemus, nisi vterq; eorũ, in prima ætate decesserit.* Intelligũt interpretes nostri, quod ibi pater duos habẽs impuberes filios, hęredes instituit, Titiumq; substituit, cũ vterq; impubes decederet: 11

In qua

In qua specie firmant, substitutum audiri, eo casu tantum posse, quo vltimo loco decedens, erat impubes, & consequenter altero moriente, superstitem fratrem decedenti succedere ab intestato: non ex testamento, quia per illa verba, *si vterq; impubes decesserit*, non dicitur inter illos, reciproca constituta pupillaris substitutio: At quia verborum rigor, & sensus compellit, vt dicamus testatorem, tunc demum vocasse substitutū, cum vterq; impubes decessisset, & consequēter noluisse eorum alterum, in ea ætate decedere, intelligendum est voluisse, inter filios, eosdemq; fratres conseruare ius & potestatē succedendi ab intestato & sic sane intelliguntur illa verba, *Cogitasse patrem, primo filio decedente, fratrem suum, in eius portionem succedere*, scilicet ab intestato, non ex testamento, quia adinuicem substituti non sunt: vt ibi resoluunt Alex. Deci. & alii communiter interpretes.

12 Quæ † resolutio, duabus nititur potissimum rationibus, quarum prima respicit illam dictionē, *vterq;*, quæ collectiua est, & vtriusq; collecti concursum requirit, *Secundum Bartol. & alios d. l. pen. vbi Ias. nu. 3. cum seq.* Secundum quem sensum, in casu nostro, si per verba collectiua, parentes reseruarunt, dimidiam partem rei, filiæ in dotem datæ, vtiq; extra controuersiam est, fore expectandam vtriusq; mortem, nec altero decedente, filiā illius portionem petentem audiendam fore, quia repugnat verborum collectiuorum proprietas, secundum quam, vtriusq; parentū debet mors præcedere, nec prius illā petere potest, secundum cōmunem *in d. l. pen. C. de impuber.* Sed qualiter hæc dictio, *vterq;*, in vulgarem sermonem vertatur, difficilis est quæstio: non omnia enim quæ latino sermone constant, vulgariter cōmode proferri valēt, vt in specie adnotauit Peralta *in l. Titia cum testamento. §. Caius, ante n. 3. ff. de leg. 2 pag. 423.* Ego admitterem illa verba collectiua, ita verti posse, *Disserā, que dauam o seu prazo de talparte, do qual auerano elles noiuos, logo ametade, & a outra ametade per morte dantre ambos.* Hic enim sermo *dantre ambos*, vulgo vtriusq; concursum requirit, vt infra apparebit, cum tractabitur quæstio, concessionis emphyteuticæ, *pera hum filho, ou filha dantre ambos.* de qua fit mentio *lib. 4. tit. 63. §. 5.* Eadem quoq; interpretatio, & sensus erit illius dictionis, si sic scriptū reperiatur, *& a outra ametade auerano elles noiuos despois da morte delles ambos*, vel sic, *& a outra ametade lograrano elles dotadores ē suas vidas dambos, & de cada hum delles.* Satis enim esse intelligo, ex verbis constare id voluisse contrahentes, quod vterque parens viuens re dotata frueretur, ne audienda sit filia morte alterius, portionem petens, quamuis res dotata sit allodialis, seu libera, & omni onere exempta, qualem vulgus, *dizimo a Deos*, appellat: aliter si illa est emphyteutica, ex ratione de qua supra, extra omnem difficultatem res est.

13 Vides † itaque, qualiter prima ratio *d. l. pen. C. de impub. & aliis.* decisioni nostræ hæsitationis conuenit, & eam planam reddit. Sed, & secunda, inferior non est. Intelligunt interpretes nostri, quod in casu *d. l. pen.* ideo non auditur substitutus petens partem prędefuncti impuberis, quia superest frater eiusdem testatoris filius, quē voluisse patrem ab intestato saltem præferre, credendum est, idq; plane insinuant illa verba, *Cogitasse enim patrem primo filio decedente fratrem suum in eius portionem succedere.* Charitas enim paterna, & sanguinis coniunctio, id postulant, vt maluerit fratrem frui, quam extraneum succedere, *l. Cum auus. ff. de condi. & demonst. habetur in l. Cum acutissimi. C. de fideic.* Quo argumento idem est dicendum in casu proposito, quod maluerint parētes sibi ipsis viuentib. prouidere, quā filiæ (cui sufficere debet pars dotata & in vita tradita) ne pręmature, cū nō modico forte parentis superuiuētis incōmodo partē & defuncti portionē peteret. Quod quidē honestati paternæq; reuerentiæ contradicit, iurisq; præceptis: soliciti. n. circa parentū successionē esse nō debemus, *l. 1. §. impuber. ff. de colla. bonorū, tradūt Ias. in Auth. nouiss. C. de inoffi. test. 7. Alex. & alij in l Lex Cornelia. ff. de vulg. Mencha. plures referens lib. qq. illustr. c. 37. in prin. Costa in §. cū in bello, de reb. dubiis pag. 31. n. 3.* Nec admitto dicentē, quod in hac specie filia nō agit de bonis viuentis parentis, sed iā mortui, cuius portionem petit: Quia respondeo, quæstionem, quam tractamus non versari circa debitā filiæ successionem, sed magis circa ea, quæ parens de sua scilicet tertia dotauit, de qua potuit pro libito disponere, portionemq; suam coniugi fruendā, deinde filiæ dare vel quoduis aliud onus imponere. Qua ratione id duntaxat exquirimus, *an voluerit, quod superstes coniux frueretur, dū viueret, an vero maluerit filiam statim habere?* Et proculdubio pro coniuge videtur respondendū, siquidem non est amor, qui coniugalē superet, iuxta illud Propertii, *Omnis amor magnus, sed aperte in cōiuge maior.* Relinquere. n. patrem, & matrem propter cōiugem præcipit generis humani reparator *Gen. 2. & Matth. 10. Eph. 5.* Et quamuis verū sit, quod is tantus amor cedit paterno, ex his quæ tradit Tiraq. *in pr. l. Si vnquā. C. de reuo. dona. n. 12.* Plerunq; tamen honestas cōiugii, relicta filiis legitima, nos impellit coniugi prouidere potius, quoad vixerit, quā liberis: ne quo modo mendicari cōstringatur, & paupertiē sentire noscat, & eius vilitatem & infortunia pati ei necessarium sit. Liberos igitur, dispositione parentū cōtentos esse oportet, per quā illis post eorū mortem bona relinquuntur. Secundum has itaq; duas decidendi rationes, probat ibi Imperator, ex illis verbis, *Si vterque impubes decesserit, Titius hæres esto.* minime dici, eosdem impuberes inuicē substitutos. Nā si substituti fuissent, vtiq; ex substitutione non ab intestato, superstes frater, præmortuo impuberi hæres extitisset: In quo certe cōuenit Florentini respon sum *in l. vel singulis. 37. ff. de vulg.* vbi in hæc verba, *vel singulis liberis, vel ei, qui eorū nouissimus morietur, hæres substitui potest: singulis, si neminē eorū intestatum decedere velit: nouissimo, si ius legitimarū hereditatū, integrū inter eos custodiri velit.* Quod Florentini responsum plane docet, eo casu induci pupillarē substitutionē, quando pater singulis filiis impuberibus substituit, tūc. n. intestatus nullus decedet, propter pupillares tabulas. Vbi vero, singulis pater non substituit, intestati decedent, licet eorum nouissimo, seu vltimo loco morienti, aliū substituat, qui dūtaxat testatus morietur, ceteri vero intestati quocirca eorū hęreditas superstitibus fratribus applicabitur, quod videtur pater voluisse, cum substitutum non dedit, idque est quod Florentinus significare voluit, dum dixit, *patrem voluisse ius legitimarum hæreditatum, inter filios conseruare.* Legitima

enim dicitur hęreditas, quæ ab intestato defertur. *l. 3. §. fin. & ibi gl. verbo, ad legitimum ff pro socio Zuchar. in l. fi. C. de edicto. Diui Adr. n. 149 cum seq.* & est bonus tex *in l. si quis posthumos. vers. fin ff de lib. & posthu. & in l. quam diu potest, de regu. iur.* secundum quem sensum ille tex. cũ *d. l. pen. C. de impub.* & aliis conuenit: nec discrepat Imperat. *in §. vel singulis Inst. de pupilla.* per quæ ita sane in casu nostro respondendum est, inter parentes, qui reseruarunt, quoad vixissent, partem dimidiam rei dotatæ nullam dari substitutionem, seu subrogationem, vt præmortui pars ad superstitem pertineat. Obseruanda est enim iuris communis dispositio, secundum quã, dotata filia, defuncti parentis statim portionem obtinebit ex dotis causa, quemadmodum, & in d. iuribus frater ex *l. dispositione*, ab intestato succedẽs consequitur fratris sui iam defuncti partem non ex patris dispositione, qui nihil dicitur in hoc casu disposuisse.

14 Verum † enimvero, gl. *d. l. vel singulis 37 ff de vulgari.* citat in oppositum tex. *in l. Titia. 89. §. Seia libertis ff. de leg. 2.* vbi Seia libertis fundum legauit, & adiecit, ne venderent: *Imo qui vltimus decesserit cum morietur, restituat Sempronio.* Quęrebatur, *an inter libertos, esset constitutum fideicommissum, quo præmoriens teneatur, partem suam, superstiti relinquere?* Et respondet I. C. *testatricem videri in eo fideicommisso, duos gradus fecisse, vnum vt is, qui ex duobus, prior moreretur, alteri restitueret: alterum, vt nouissimus restitueret iis, quos nominatim postea numerauit.* Quam difficultatem agnoscens Paulus *nu. 3. in d. l. pen. Cod. de impub. & aliis substit.* respondet tex. ibi, cum similibus supra citatis procedere, in pupillari substitutione, quæ cum directa sit, nequit induci, ex coniecturata defuncti voluntate. Tex. vero *in d. §. Seia libertis* loqui, & procedere in fideicommissaria substitutione, quę a coniecturata voluntate, non minus quam expressa induci solet: *vt in l. cum proponebatur. 66. de leg. 2. I. C. probat.* Paulum sequitur Alex *ibi, n. 3. Corras 5. Socinus cons. 140. n. 1. lib. 1. Decius consi. 211. nu 3. & prius Bar. & Alber. d. §. Seia libertis* testatur communem Alcia. *in d. l. vel singulis. ff. de vulga n. 5.*

15 Cauendum † tamen est, quia Alex. *in l. Potest. 36 ff. de vulga. col. 2. ad finem,* intrepide hanc solutionem improbat, & reiiciendam asserit, quoniam, inquit, directa substitutio ex coniecturata voluntate defuncti procedit, vt probatur *in l. Iam hoc iure. 4. Digest. de vulgari.* quo etiam argumento vtitur Alexandr. in *l. Pater filiam. § si col. 3. ad medium. ff ad l. Falci. & lib. 1 cons. 91 n. 9. concordat Ias. in d. l. pen, C. de impub. nu 7. & Decius. 3. Conar. in c. Raynutius §. 8. n. 1. a l. fin.* idem Iaſ. *d. l. Potest. ff. de vulga n. 12 & lib. 1. consil. 41. nu. 7.* firmans hanc esse communem. Ego nihilominus a Paulo recedendum non puto, quia intelligo minime verum esse, quod Alex. ait, ex præsumpta voluntate induci posse, directam substitutionem. Nisi expresse id aliqua lege cautum reperiatur, quemadmodum contingit, *in d. l. Iam hoc iure. 4 ff. de vulgari,* vbi ex diui Marci rescripto, cõtra iuris communis regulas, admissum est, vulgarem substitutionem, pupillarem continere, quamuis implicare contrarietatem ea traditio videatur, si consideres, quod vulgaris substitutio, concipitur per verba negatiua, *Si Titius heres non erit, sit mihi heres Sẽpronius*: pupillaris vero per verba affirmatiua, *Si pupillus heres erit, & in pupillari ætate decesserit, sit Titius heres.* Qua ratione omnes fatentur, dispositionem *d. l. Iam hoc iure. 4. ff. vulg.* iuris cõmunis regulis contrariã esse, maxime cũ admittit, ex cõiecturata defuncti volũtate, sub vulgari, cõtineri pupillarẽ directã, quod similiter iuri repugnat *l. vna ff. si tabula testam. nulla exta. l. Iubemus C. de testam. Paulus. Ias. & Decius, d. l. pen. C. de impub. & aliis Decius cons. 315. n. 3. Gome. primo tomo. c. 5. n. 13. Soci. lib. 1. cons. 140 n. 1.* Quo circa dispositio *d. l. Iam hoc iure,* ad quam obtinendam, fuit necessarium imperiale rescriptum, contra communis iuris regulas, *vt adnotarunt Ripa in l. 1. ff vulg. n. 83. & ibi Alci. n. 9 & 17. & in l. Commodissime. n. 29. ff. de libe. & posthu. Berenga. in l. fin. nu. 44. C. de posthu. hæred. inst.* ad alias substitutiones extendi nullo modo potest. Vlterius, & si concedamus, ex coniecturata defuncti voluntate, posse induci directam substitutionem, necessaria sunt verba, ex quibus coniecturari voluntas possit, vt colligitur plane ex *l. si pater 25. iuncta glo. 1. ff. de vulgari,* facit text. *in l. 1 §. si quis ita ff de verborum oblig. & ibi Ripa in princip.* Vnde plane confunditur Alexan. & sequacium argumentum, contra communem illam solutionem, constituentem differentiam, inter directam substitutionem, quæ nequit ex cõiecturis deduci, & fideicommissariam, ad quam coniecturata sufficit voluntas, *vt in d. §. Seia libertis, probatur.*

Quod † tamẽ sane intelligendum est, concurrentibus duobus. Primo quod vltimus sit grauatus, fundũ restituere, & totũ: In qua specie præsupponitur cõstitutũ inter cæteros fideicõmissum, aliter partẽ suam tantum is tenebitur restituere, vt explicat Iaſ. *n. 12. in d. l. Potest. ff. de vulg. & lib. 1. cons. 41. n. 2. & lib. 2. cons. 143 nu. 2. Soci. 149. nu. 6 lib. 2. Gozadi. 64. n. 12. Soci. Iuni. cons. 176 n. 2. lib. 2.* tradit semper videndus Iaſ. *in cons. 33 libr. 1.* referens varios ad *d. §. Seia libertis,* sensus. Inter quos, is magis obtinuit, vt oporteat grauamẽ respicere, totũ fundũ, quo possimus inter reliquos inducere fideicõmissum. Et est in promptu ratio, quia vltimo loco decedens, neutiquã potest totum fundũ restituere, nisi inter eũ, & præmortuos, sit constituta reciproca substitutio, per quã possit integer fundus ad eum peruenire, *vt tradit Iaſ. in d. l. pen. n. 7. C. de impub. & aliis, & Soci. cons. 69. lib. 3. col. fin.* Quæ resolutio optime quidem applicari, casui nostro potest, vt tunc demum, post mortem vtriusq; parentis, sit audienda filia, quando pacto cõstitutũ est, quod vltimo loco decedens integrã dimidiã restituere illi teneatur. Qui casus videtur clarus & extra omnẽ controuersiã. Nõ tamẽ sufficiet, inter se contrahẽtes, simpliciter conuenisse, quod vltimo loco decedens, fundũ restituat, seu partẽ reseruatã: quia intelligitur discretiue pro portione sua. *Iaſ. d. l. Potest. ff. de vulg. n. 12.* resoluẽs, in specie supra scripta exigi, quod testator grauet nouissimũ, totum fundum restituere, quo possit inter ipsos induci reciproca substitutio: concordat Gome. *in l. Tauri. 40. nu. 53.* & vti verum defendit Alciatus *d. l. Vel singulis. ff. de vulga. numer 16. cum seq. Socinus cons. 104. num. 9 lib. 3. Ruinus cons. 134. lib. 3 a num. 11.* Cuius tamen contrarium, me quidem iudice, & receptius & verius est, per text. *in d. l. Titia 89. §. Seia libertis ff. de leg. 2.* vbi nouissimus simpliciter fuit grauatus, fundum restituere, nec dictum est totum. Iuuant notata *in l. si pluribus. ff. de vulgar.* vbi traditur regula, quod in testamen-

testamentis, indefinita locutio, æquipollet vniuersali, qua ratione rectius videtur locutus, Cur. Iun. *d. l. pen. C. de impub. & aliis nu. 13. cum seq. & cons. 43. a nu. 2. & 139. a nu.* 8. resoluẽs sufficere, quod nouissimus indefinite grauetur, fundum restituere, firmant Viglius *in §. vel singulis, Instit. de pupill. substitutione nu. 2. & Rubeus cons. 100. ad finem, Socin. nepos cons. 110. nu. 31. lib. 3. & Couar. in c. Raynut. §. 8. nu. 3. de testam.* Quæ vtilis profecto resolutio est, ad casum quæstionis nostræ, vt sufficiat simpliciter dictũ fuisse, quod per mortẽ nouissimi, filia dotata totũ fundum, vel partem reseruatam parentibus cõsequatur, ne præmortui portionem petere valeat.

17 Quod † autem, supra diximus, dictionem illam collectiuam, *vterq;*, exigere vtriusq; cõcursum, vt habetur *in l. pen. C. de impub. cum aliis*, de quibus supra *n. 12.* suspectum redditur, ex notabili Papiniani respõso *in l. hæredes mei. 57. § cum ita. ff. ad Treb.* vbi quidam testator duos filios, quos habebat scripsit hæredes, & neptem substituit, si vterq; sine liberis decederet, in hæc verba, *Fidei filiorũ meorum cõmitto, vt si quis eorum, sine liberis prior diẽ suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat, quod si vterq; sine liberis, diem suum obierit, omnem hæreditatẽ ad neptẽ meam Claudiam peruenire volo. Defuncto altero, superstite filio, nouissimo autem sine liberis, neptis prima quidẽ facie, propter conditionis verba admitti non videbatur.* Quæsitum fuit, *an esset, illius hæreditatem petens, audiẽda neptis substituta?* Et (vt I.C. ait) verborum rigor obstat, qui demum vtroq; filio sine liberis decedente illam vocat, quia tamen mens disponentis aliud suadebat, inquit Vlpianus, quoniam in fideicommissis voluntatem spectari conuenit, *absurdũ esse respondi, cessante prima substitutione, partis nepti petitionem denegari, quãm totum habere voluit auus, si nouissimus, fratris quoq; portionem suscepisset.* Intelligũt interpretes nostri, ex eo colligi mentem defuncti, quia substituta fuit neptis, ex altero scilic. filio habita, quam maluit auus succedere quam hæredem extraneũ, a filio sobole carente, institutum: ex regula. *l. cum auus. ff. de condit. & demonstrat. & l. cum acutissimi. C. de fideicommiss.* Qua etiã ratione in *d. l. pen. C. de impub.* respondetur oppositum, imo quod cohæres excludit substitutũ, qui extraneus erat, cohæres vero testatoris filius. Fuerunt enim in *d. l. pen.* duo pupilli fratres instituti a patre hæredes, & vtroq; sine sobole decedente, fuit substitutus quidam extraneus: quamobrem rigor verborũ obseruatur, secundum quem ille admitti non potest, nisi vterq; orbus filiis decedat *Bart. d. l. pen. col. 2. & Dec. n. 4. Bar. etiam d. l. hæredes mei. § cum ita. ff. ad Treb. nu. 4. receptus ex Ripa nu. 118. Corneus cons. 10. nu. 2. lib. 4. Socin. 94. nu. 8. lib. 4.* iuxta quam traditionem, vt substitutus excludatur, duo debent concurrere, nempe, quod illum excludens, sit proximus ab intestato, successurus hæredi scripto, & de descendentibus testatoris, qualis erat *in d. l. pen. C. de impub.* frater testatoris filius, aliter substitutus; quia nititur expressa testantis voluntate, non excluditur ab eo, qui nititur tacita, & coniecturata: nisi illum excludens, sit de descendentibus vt colligitur ex *d. l. cum auus. ff. de condit. & demonstrat.* quæ tamen procedit in descendentibus, non extraneis aut cognatis collateralibus, vt *tradit Tiraq. in l. si vnquam, verbo susceperit liberos. num. 220.* Et ita secundum hunc sensum communis hæc concordia procedit, *ex Alex. nu. 20. in d. l. hæredes mei. § cum ita. ff. ad Treb. & Soc. nu. 26. Rip. 132. Alciat. 12. post Alex. cons. 38. nu. 2. lib. 1. Ruin. cons. 125. nu. 6. lib. 3.* quamuis contradicat Goza *cons. 64. nu. 5.* & minus attente locutus Couarr. *in c. Raynut. § 8. n. 4. versi. & procedit.* Sed de his iã satis, & ne videamur extra chorum saltare, ad vlteriora progrediamur.

ARGVMENTVM.

Minor an possit nominare ad emphyteusim, & an pater pro filio impubere possit nominare, & an minor aduersus nominationem a se factam restituatur?

SVMMARIA.

1 *Hic terminus, Homo, vtriq; sexui conuenit, maxime in materia indifferenti.*
Ordinatio Regia, lib. 4. tit. 62. in prin. ampliatur, in muliere habente emphyteusim, quæ potest testari.
Lex indifferenter loquens ad fœminas extenditur.
2 *Minor testando, non potest nominare.*
3 *Pater pro impubere testatur, pupillariter substituendo, qui substitutus emphyteusim pupilli cõsequitur.*
4 *Habens potestatem eligendi, ab homine concessam, non potest electo, seu nominato pupillariter substituere.*
Pupillum nominãs, adeo functus est officio suo, vt iam alium nominare non possit, si intra pupillarem ætatem nominatus decesserit.
5 *Substitutio pupillaris, respectu nominationis, quando expiret.*
6 *In 14. ætatis anno expirat pupillaris substitutio.*
7 *Nominare est quid facti.*
Infante maior potest nominare, & eligere, quia est quid facti. Potest præsentare etiam sine tutore.
8 *A minore præsentatus præfertur.*
9 *Resolutio, quod nominatio patris, non nocet nominato, a filio maiore infante.*
10 *Maior septennio, potest ad emphyteusim nominare.*
11 *Eligere minor ex alternatiue legatis non potest.*
12 *Auctoritas tutoris, & decretum necessaria, vt nominatio a minore facta teneat.*
13 *Ex possessionis traditione, nullum ius transfertur, sed magis ex titulo præcedente.*
Restitutio hæreditatis quia operatur effectum translationis iurium, & actionum, exerceri a pupillo non potest, quia solus iura quæ habet, etiam alij restituenda, cedere non potest.
14 *Pupillus rem tradendo, possessionem non transfert.*
15 *Prodigus possessionem amittere non potest.*
16 *Minor an restituatur, aduersus nominationem emphyteuticam, a se factam, & nu. 19. vbi quod non.*
17 *Quid si minor irreuocabiliter nominauit?*
Nominans nihil de suo præstat.
18 *Maritus potest vxorem nominare, quia ab illo non capit, sed a domino.*
Interpret. l. si sponsus. § si maritus. ff. de dona. inter virum & vxor.
19 *Patris donatio in filiũ collata, de bonorũ aduentitiorũ vsufructu, quẽ retinere poterat, valet ibi remissiue.*
Filius minor rogans patrem, vt potius sororem nominet, quam ipsum, an restituatur ibi remissiue.
20 *Nominans alium, cum fructuum reseruatione, an restituatur. Item an nominatio a minore fieri possit citra tutoris, seu curatoris auctoritatem remissiue.*

QVÆSTIO IV.

MATERIA nominationis emphyteuticæ, & pertractatio desiderat, vt nos iam ad ipsius

Ordinationis Regiæ interpretationem accingamus. Tanta est eiusdem vtilitas, tamque necessaria Christianæ Reipublicæ inuestigatio, vt quamcunque aliam, quantumuis in praxi frequentem longe superet, & antecellat. Aperit sese nobis latissimus nominationum, seu electionum campus, in quo plura, tum ad legem Regiam, tum etiam ad varia Iureconsultorum responsa, luculenter interpretabimur. Et imprimis audiamus Lusitanum legislatorem ita loquentem. ¶ *Tẽdo algũ homẽ, algũa poßissam de foro pera si, & certas pessoas depois delle s. hũa qual elle nomear, & aquella que por elle for nomeada, possa nomear a outra: & assi dahi em diante, se esse q̃ assi tomar a dita poßissaõ de foro, ãte de sua morte, fizer seu testamẽto, em q̃ faça, & leixe certo herdeiro, ẽ seus bẽs insolidũ, nõ nomeãdo certa pessoa ao dito foro, aq̃lle q̃ ficar herdeiro na herãça do finado, fica nomeado ao dito foro, posto q̃ lhe outra nomeaçã nã seia delle feita.* Id est, *si aliquis habeat aliquam possessionẽ emphyteuticam sibi, & certis personis post se, scilicet quam ille nominauerit, & illa ab eo nominata poßit nominare alteram, & sic deinceps succeßiue: si is qui ita possessionem emphyteuticam acceperit, ante mortem testamentum fecerit, in quo certum heredem relinquat ac instituat insolidum in omnibus bonis suis, nulla facta nominatione certa persona ad prædictam emphyteusim: is qui hares extiterit hereditatis defuncti, remanet nominatus in prædicta emphyteusi, quãuis nulla alia nominatio facta ei sit.* vel aliter & breuius. Id est, *si quis acceperit emphyteusim, pro se, & certis personis, post eius mortem, nominandis, scilicet, quas ipse, & ab eo nominatus elegerint, & succeßiue nominauerint, isque aliquem vniuersalem heredẽ instituerit, simpliciter nulla facta nominatione, hæres institutus, censetur etiam nominatus in emphyteusi.*

1 Ibi † (*algũ homem*) huius l. dispositionem etiam fœminis conuenire, manifestum est. Etenim hic terminus (*Homo*) communis vtrique sexui, ac peculiaris est, maxime in materia indifferenti, quę vtriq; deseruit. Qua ratione, & si per verbum cõmune lex ista non fuisset locuta, ad fœminas etiã erat extendenda, iuxta ea, quæ lato sermone Ias. *a num. 1.* & omnes alii tradunt, *in l. si quis id quod. ff. de iurisdict. omn. iudic. habetur in l. si quis in tantam. C. vnde vi. & in l. ait diuus. ff. de iure fisci.* tradunt Canonistæ *post gloss. 2. ibi in c. generali. de elect. in 6. Bart. in l. 1. ff. de verbo. sign. & alibi paßim.* Quod ad casum huius l. applicari posse indubitati iuris est. Et hoc iure vtimur, dummodo tamen testamenti factionẽ vterque masculus, & fœmina habeãt, aliter enim dict. l. Regiæ dispositio cessabit, ex adnotatis *in l. 1. C. de sacrosanct. eccles.* vbi gloss. 1. obseruauit, vnicuique liberam testandi facultatem in fauorem pii loci cõcessam, restringendam esse ad eos, qui testamenti habent factionem, & sic ad habiles, & qui secundum iuris regulas testari possunt, de quibus habetur per gloss. in *l. si quæramus ff. de testam. & in §. fi. instit. quibus non est permiss. fac. testam. late Gomez. in l. 3. Tauri.* quæ communis est resolutio, *secundum Ias. d. l. 1. nu. 15. lectu. 2.* & colligitur ex *l. generali. 13. eod. tit. C. de sacrosanct. eccles.* Et est ratio, quia prohibitio generalis includit casus, quantumuis fauorabiles. *l. in fraudem. §. fin. ff. de milit. testam. & ibi Bald. & in notabili casu. tradit Pan. in c. in præsentia, de proba. nota. vltim. quem ibi defendit Dec. num. 35.* Bart. tamen *in d. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. in lectu. num. 6. & in repet. num. 13.* contendit oppositũ defendere, imo quod etiam inhabiles, possunt ad caussas pias testando disponere, vt sic aliquid operentur verba illa generalia. *l. 1.* quem sequitur Paulus *ibi num. 5.* & conatur defendere Iasõ. *lectu. 1. num. 11. & in l. si filius. ff. si certum pet. a num. 4.* Quæ sententia, mihi explodenda videtur, & omnino reiicienda, quoniam ante Constantinum conditorem, *d. l. 1. C. de sacrosanct. eccles.* Christianorum collegio, nihil prorsus licebat relinquere, quare ille omnium primus liberam cõcessit relinquendi potestatem, vt habetur in *c. futuram ecclesiam. 12. quæst. 1.* & explicat Iason. *in l. 1. §. nunciatio. ff. de noui operis nuncia. & ibi Alciat. num. 28.* Quapropter incaute Bart. & sequaces videntur obseruasse, nihil operari, liberam potestatem disponendi in *d. l. 1. C. de sacrosanct. eccles.* nisi concedamus etiam, inhabilibus indultam fuisse. Debuerunt enim aduertere ante illam *l. 1.* non licuisse quicquam ecclesiæ Christianæ relinquere. Cum igitur l. nostra se referat ad eum, qui testamentum faciens, hæredem scripsit, necessario restringi debet ad eum, qui testari iure poterat, aliter conuenire verba legis ei, qui intestabilis erat, nullo modo possunt: ex quo generalis deducitur resolutio, quod modus nominandi, de quo, in d. ordinatione Regia per hæredis institutionem, locum dumtaxat habet, in habentibus actiuam testamenti factionem, non in reliquis.

Vnde † sine dubio resoluendum est, impuberem quempiam, modo suprascripto, per hæredis institutionem, nominare ad emphyteusim, quam habet, non posse, quia is hæredem sibi facere, quempiam non valet *l. qua ætate. ff. de testam. l. si frater. C. qui testam. facere poss. & in l. fin. C. de testam. milit. tradit Gomez. in l. 3. Tauri. col. 2. Costa in cap. si pater. de testam. in 6. pag. 28. num. 9. Mencha de succeßio. creatio. §. 1. a num. 104.* 2

Quod † sane intelligendum est, nisi minor obtinens emphyteusim filius sit familias, & pro eo pater testetur, ei præstando pupillarem substitutum, quod posse efficere, moribus introductũ est, *l. 2. ff. de vulgar.* vbi glo. 1. hoc tribuit iuri Lacedæmoniorum, in quo illam Dd. communiter probant, & contendit defendere Ripa ibidem. *nu. 12.* tradit Rogerius *de pupillari, in princ. pag. 37.* Improbat tamen Alciat. *lib. 4. parerg. c. 21.* quia mores Lacedæmoniorum fuerunt Romam translati in legibus 12. Tabularum, qua ratione apud Romanos, ius scriptum, magis dicendi sunt, quam mores. Quod etiam probat Alciat. *in d. l. 2. ff. de vulg. num. 3. & Viglius, in princ. Instit. de pupill. num. 22. Corra. in l. si testamento. n. 4. C. de impub. & prius Politus de pupillari. num. 1.* quorum verior sententia est. Defendi tamen gloss. & communis traditio potest cum Bello *in princ. num. 30. Institut. de pupillari,* intelligente, hanc pupillarem substitutionem, fuisse Romanis moribus introductam, quemadmodum, & apud Lacedæmonios, qui iure non regebantur scripto. Fuit autem necessaria hæc moribus introductio, quia duæ obstabant iuris communis regulæ, propter quas, pro impubere filio, testari pater non poterat, quarum altera pendet a *l. conficiuntur. §. 1. ff. de iure codicill.* quæ prohibet, ne quis disponat & testetur de alieno patrimonio, *habetur in auth. ingreßi. C. de sacrosanct. eccles.* Secunda pẽdet a *l. Illa 32. ff. de hæred. instit.* vbi vltimam voluntatem, posse ab alieno arbitrio pẽdere, interdictum 3

est, *ha-*

est, *habetur in l. Captatorias. C. de testam. milit.* quas regulas, & iuris communis præcepta vtiq; offendit, hæc pro impuberibus, testandi parentibus cõcessa potestas. Quare mores necessarii fuerunt, vt aduersus illas regulas, pater pro impubere filio possit testari, *Bald. & Imol. num. 1. d. l. 2. ff. vulga. Angel. in l. Captatorias. ff. de hæred. inst. Alex. num. 2. in d. l. Captatorias. C. de testament. milit.* qui tamen non videtur agnouisse, captatoriam voluntatem, qualis est illa, *qua quis me hæredem instituit; si ego illum etiam instituã*, consuetudine comprobari non valere, quia contra bonos mores dicitur esse, vt colligitur ex *l. 1. C. de his, quæ pro non scriptis, habentur Alciat. lib. 2. parerg. c. 31. Bart. in l. omnes populi, num. 26. de iustit. & iure. Couarr. c. Cum tibi, de testam. num. 13.* Ex quorum traditione resoluitur vtiliter, moribus introductum fuisse, pro impubere filio patrem testari posse, ne intestatus pupillus, cui lege interdicta est testamenti factio, necessario decederet. Quapropter, hæc introductio, & iuris dispensatio, sine dubio ipsius filii fauorem respicit, ac intuetur, vt Imperator docet *in princ. institut. de pupillari, ibi: Nam moribus institutum est, vt cum eius ætatis, filij sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.* coniuncta l. *Si pupillus. 42. ff. de acquir. hæred. ibi. impugnat enim vtilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem.* Prouidet enim hoc modo pupillo, de hærede testamentario, quod quam sit vtile cõstar, ex *§. licet instit. quibus ex causis manu. non licet, & l. Et quia. ff. de interrogat. actio. tradit Costa in c. si pater, de testam. in 6. pag. 7. num. 17.* Et hæc est ratio, propter quam dicimus, per pupillarem substitutionem ipsi pupillo, non patri succedere substitutum, vt in *princip. institut. de pupillari.* Qua ratione is substitutus, qui pupillo hæres est, sine vllo dubio, hæreditatem eius, & emphyteusim ex hac l. Regiæ dispositione obtinebit, quia ab eo videtur hæres institutus, & ab eo hæreditatem capere mediante patre, ex ea iuris interpretatione, quæ habet patrem, & filium, vnam tantum continere personam, *l. fin. C. de impub. & aliis.* Vnde vox patris dicitur esse filii. *§. si vero. instit. de inutilib. stipulat.* Ideoque sine scrupulo resoluendum est, hunc pupillarem substitutum, emphyteusim ad pupillum pertinentem, consecuturum, non minus quam si ab eo facto maiore, fuisset hæres institutus, quam sententiam fouet notabilis in materia traditio, quæ habet, per procuratorem, posse huiusmodi nominationem fieri, vt infra statim dicemus, imo & per tutorem, & curatorem, quare idem est dicendum in patre, cuius amplius est ius, & potestas, *ex his quæ habentur in l. 1. C. de bonis mater.*

4 Cæterum Segura *in l. vnum ex familia. §. sed si fundum, fol. 51. col. 3. versi. 13. differentia*, ex auctoritate Bar. probat, habentem potestatem eligendi, ab homine concessam, non posse electo, seu nominato, pupillariter substituere: quod Barr. ab eo citatus, nec dixit, nec mihi obesse posse videtur: quoniam pater, de quo agimus, tanquam emphyteuta nominat filium, ad emphyteusim, quam habet, tanquam pater vero iure patriæ potestatis; pro filio testatur, & tabulas pupillares facit: qua ratione testamentum pupilli censetur, & ab eo factum reputatur, quoties id magis expedit, ad illius robur, & firmitatem, *l. Papinian. 8. §. denique. ff. de inoffic. testamento, & ibi Bart. nu. 3. Fulgos. 1. & Paul. 4.* Et propterea nihil prorsus obstat, quod loco supra scripto Segura resoluit.

Illud tamẽ ex Seguræ auctoritate intrepide resolui potest, eum, qui pupillum nominauit, functum adeo esse officio suo, vt neutiquam aliũ possit nominare, si intra pupillarem ætatem, nominatus decesserit, quod etiam in patre admittendum est, nisi ille, pro filio testamentum faciat, *per supra scripta.* Quod sane adnotandum est.

Sed † iam sese offert, celebris in praxi quæstio, 5 quam non semel agitatam vidimus, *quonam tempore, illa nominationis substitutio expiret?* Nostrorum pragmaticorum turba, quorum maxima est multitudo, & proluuies in curiis, eius est sententiæ, vt arbitretur, ad instar, & similitudinem testamenti, in decimo quarto ætatis anno completo, eam substitutionem cessare, quod aliquando iudicatum audiuimus. Ego tamen contrarium respondendum censeo: & præmitto hypothesim. Quidam Tirius filium, quem habebat, instituit hæredem, cui in pupillari ætate decedenti, Caium substituit, & expressim eundem, filii nomine, ad emphyteusim nominauit. Contigit hunc pupillum, in decimo suæ ætatis anno, diem suum obire, & nominasse quendam alium cognatum. Is emphyteusim petebat: Pupillaris substiturus refragabatur. Ego pro nominato a pupillo consului. Et in primis, non dubito, pro filio impubere in potestate constituto, patrem testari posse, per text. *in l. 2. & ibi not. ff. de vulg. & in prin. Instit. de pupill. cum similibus.* Non etiam inficior, ad emphyteusim iure institutionis, vel etiam paternæ nominationis, eum admittendum fore, ex l. Reg. *lib. 4. titu. 62. in princ.* & quia cum pater, nomine filii, testatur, tam generali institutionis titulo, quam particulari legati, aut fideicommissi, de omnibus pupilli bonis disponere potest, *vt in d. iuribus, & apud omnes in confesso est.*

Non † etiam dubito, veram traditionem no- 6 strorum esse, pupillarem substitutionem, ante cõpletum 14. ætatis annum, non expirare, quia interim durat caussa, propter quam moribus receptũ fuit, posse patrem pro filio impubere testari, *l. 2. ff. de vulga.* Qua ratione cessante, simul ac filius potest testari, & libere de suis rebus disponere, quod in 14. suæ ætatis anno contingit, l. *Qua ætate. ff. de testament.* ipsa pupillaris expirat substitutio, non prius, *vt adnotauit gloss. 2. in d. l. 2. ff. de vulgar. coniuncta d. l. qua ætate, de testament. & in l. ex facto. 43. ff. de vulgar. Alexand. d. l. 2. num. 9. Bart. in l. in pupillari, num. 4. & ibi Alexand. colum. 1. eodem titul. Politus de pupilla. num. 23. Bello.* qui firmat communem *in §. masculo. num. 1. Instit. de pupillar.* Quo, vt video, argumento iurisque principio, motus fuit, aliquando quidam Magistratus, intelligens, pupillum minime potuisse de hac emphyteusi disponere, & actorem nominare, ante quam ad decimum quartum cõpletum ætatis annum peruenisset, vt videtur docere text. *in d. §. masculo, Institut. de pupillar. ibi, si hoc tempus excesserint:* & ibi notant Angel. Vigli. & Balduí. oportere annum. 14. esse completum. Quare in hoc casu videbatur, respondendum in fauorem substituti pupillaris, aduersus actorem, ab eodem pupillo inutiliter nominatum, ad cuius quidem rei decisionem ad rem non facit examinate,

vtrum Ant. Viglius, & Balduin. in d. § *masculo*, recte locuti fuerint, quatenus exigunt, quod pupillus omnino excedat. 14. suæ ætatis annum: sumus enim in hac specie, quã tractamus, extra eam hæsitationem. Quapropter, id vnum tantũ tractandum est, *an in ea ætate constitutus minor, nominare ad emphyteusim, quam habet, alium potuerit, non obstante paterna nominatione, in fauorem substituti facta, tacita, scilicet, per heredis institutionem, vel etiam expressa, illum expresse nominando: Si intra decimum quartum ætatis annum filius decederet.* Et quamuis hæc noua videatur sententia, firmo tamen pede tenenda est, minorem quatuordecim annorum, iure quidem optimo potuisse, alium nominare, & de emphyteusi disponere.

7 Et † imprimis præmitto, huiusmodi nominandi facultatem a domino directo concessam, consistere in facto: quia per eam nominãs, nihil aliud agit, quam conditionem de nominando, seu eligendo adimplet, *l. ex facto. §. si quis rogatus. 2. ff. ad Trebell ibi, parere conditioni.* Qua ratione dicitur in facto consistere, *l. qui heredi. ff. de cond. & demonstrat.* vbi qui seruo iussit dare, dando domino non satisfacit, nec conditionem adimplet: quia inquit I C. *quæ facti sunt non transeunt ad dominum.* in facultate enim magis, quam in iure sunt hæc, quæ ad implementum conditionis pertinent. *Bart in l. Pignor. ad fi. ff. de vsucap.* fatetur proinde, præscribi non posse: quemadmodum nec cætera, quæ in facultate consistunt. Porro in facultate consistere hanc electionem, seu nominationem I. C. plane probat. *in l. cum pater. 79 §. hereditatẽ 1. ff. de leg. 2.* ibi, *eligendi facultatẽ, non esse pœna peremtam placuit:* Quare in facto consistere necessario fatendũ est, hanc nominandi, seu eligendi potestatem, vt in specie contra Fortu. *ibi num. 12.* scite quidem, & more solito resoluit subtilissimus præceptor meus Costa. *in l. Gallus. § & quid si tantum. num. 5. cum seq. pag. 36. & lib. 2 selecta cap. 22. post num. 2.* ex cuius scriptis cõstat hanc veram esse, & communem sententiam: Cui ego addo Bart. *in tract. mino 3 cap. 4.* resoluentem, huiusmodi nominandi, seu eligendi pauperes potestatem, fratres minores obtinere posse, quia inquit, facti est, non iuris. Concordat Roma. *cons. 409 col. 2. Bald. in l. Id quod pauperibus, col. 3 C de episcopis, & cleric. & Grego. Lop in l. 2. tit. 10 par. 6. in gl. fi.* vbi hanc sequitur opinionem, & Couarruu. *in c. cum tua nobis, de testament. num. 1.* licet contradicant Anchar. & Domin. *in c. 2 de testam in 6.* ex quibus plane constat, veram hanc traditionem esse, quod potestas eligendi, seu nominandi, consistit in facto, quod cum ita sit, pupillo, infante maiori concedenda necessario est, quoniam is omnia potest, & exercet, quæ in facto consistunt. qua ratione possessionem acquirit, *l. 1. § adipiscimur. ff. de acq. possess. ibi, quia facti est, & ibi post alios Herma. Detus num. 8. Gama quæst. 14.* Imo & perdere eandem possessionem potest. ea scilicet ratione, quia facti est, vt probat I. C. *in l possessionem. eod. titu.* Iuuat, quod tradit Probus *in c. fin. num. 7. de iud. lib. 6.* resoluens, hunc minorem, posse præsentare, si ius patronatus habet, *tradit Rochus. lib. de iure patron. verbo. competens. nu. 14. cum seq. & Selua. de benef. 2. par. q. 6. col. 3. in medio. Rebuf. de nomina. q. 17 nu. 20.*

8 Ex † quorum traditione, id verum esse obtinet, etiamsi non accedat tutoris auctoritas, sine qua præsentare solus pupillus potest, & si forte concurrant, præferri præsentatus a minore debet, vt adnotauit *Rota noua. 422 in fine, ex auctoritate Ioan. Andr. in c. ex eo, de electione, in 6. Rota antiq 321. Rebuf. de nomina quæst 17. num. 10 tradit Palatius, lib. de retentione Regni Nauarr. par. 3. §. 6. ad fin. & in c. per vestras §. 43 col. 1. Rochus. d. verbo competens, ante num. 2.* qui omnes idem in maiore & minore præsentãtibus probant, & Corras. *lib. de sacerdo. 4 par. c. vltim. num. 17.* dubitans præferendum fore a pupillo præsentatum, *tradit Baeça. lib. de decimis tutorum, c. 23 ante nu. 20.* Quæ cum ita se habeant, nulla iuris ratio admittit, negare pupillo, qui maior est infante, hanc nominandi ad emphyteusim potestatem, in qua, non de tam graui re agitur quam in beneficii præsentatione, quæ ex ea ratione conceditur, quia facti est, quare, & hæc negari non potest quæ in facto consistit. quod firmat Decius *in cons. 143. nu. 11. Alex. in d. l. ex facto. § si quis rogatus, in 2. ff. ad Treb. post num. 5. Paris. lib. 3 cons. 38 nu. 7. Barba lib. . cons. 12 nu. 3.* quamuis Ripa *in d. § si quis rogatus num. 6.* hoc intelligit, quando est eligendus incertus de certis, non quando de incertis quam differentiam ad casum, de quo agimus, non sum solitus probare, quia ad beneficia incertus de incertis venit præsentandus, & nihilominus ea præsentatio, pupillo non negatur, *per supra scripta.*

Quæro hic de quæstione si beneficium vacet quod pertineat ad ius patronatus Regis, vt plura sunt in hoc Regno beneficia. Si interim Rex infans sit vel pupillus an ipse præsentabit? Et reperio Archidiaconum *in cap. decernimus in prin. 16. q. 7.* indistincte & generaliter concludentem, infanti vel pupillo competere ius patronatus: Infantem vero minorem septennio præsentare non posse sed eius tutorem. Quod idem concludit Abb *in fi. de concess. prebend.* & idem sentit *in c. 1. de iure patron. tradit Ioa. Andr. in cap. ex eo, de electio lib. 6.* idemq; cõsuluit Anton. de Butr. *consi 29. visis puncto & quæsitis in fin.* idemque tenet *Lappus allegatione 8. præsentatus in prin. & allegatio. 75. casus talis est col. pen.* faciunt quæ in eam sententiam tradit Bald. *consil. 165 ordinatio testament. vol 4.* vbi scripsit, quod licet ius patronatus hospitalis competat impuberibus & pupillis, tamen ipsius hospitalis regimen & administratio non committitur nisi idoneis & discretis. Qua ratione idem sine dubio concludendum arbitror in Rege infante vel pupillo: cui licet ius patronatus competat, non ipsum tamen sed eius tutorem præsentare posse iuris regulis consentaneũ est. Et vltra prædictos patres eandem reperio tenere sententiam Federicum de Sen. *cons. 17. & Rochum de Curt. de iure patron. verbo competẽs alicui, num. 14 & Bertachi. remissiue verbo patronatus num. 12* Qui tamen Doct. non obscure innuunt quod si pupillus, & tutor præsentent, a pupillo præsentatum vtique præferendũ esse. quod tradit Rochus (post Ioan. And. *in cap. ex eo de electio lib 6.*) *de iure patron vers. ipse vel ii q. 28 nu. 60. Et tradit Abb. in cap fi. nu. fin de concess praben.* Quæ sane sententia maxime obtineret in Rege licet infante, cuius præsentationem maiori prærogatiua gaudere, tanquã humanæ potestatis vinculis exemtam rationi congruum est. Ceterum in Rege maiore infante: vel etiam adulto necessariam non fore tutoris vel curatoris autoritatem facile comprobari potest, ex his quæ tradit

Anton.

Anton.de Butt.*d.consil.19.tradit Rochus d. verbo,competens.num.15.* qoi mouentur vulgaribus fundamẽtis eum in ea ætate, impuberes sponsalia contrahere possint, *vt per tot. de despons. impub.* item etiam assumi ad ecclesiasticum beneficium sine tutore vel curatore iuxta tex.*in cap si eo tẽpore,de rescrip.in 6. facit tex.in cap.ex parte & ibi Abb.de restit.Spol. idem tenuit Ancharranus consil.356.in nomine,qua ratione,*quo minus præsentare possint nihil obstat cum iuris patronatus sint domini, quam sententiam post Rochum vbi supra pluribus fundamentis confirmat Ioa.de Selua *in tract. de benef.2.part. q.6.ad finẽ. vers.ex quibus infertur.tradit Rebuff.d.tractatu de nomina.q.17.*Licet autem Rex pupillos secundum superiorem sententiam, vel etiam quilibet alius præsentare possit, non tamen eligere, *tex.in cap.ex eo de electio lib.6.*cuius rei ratio est, quia licet possit contrahere sponsalia, non tamen potest contrahere matrimonium, cum per electionem matrimoniũ spirituale contrahator, *cap. cum inter Canonicos, de electione.*non autem per præsentationem, vt notat Abb. *in cap. quanto de iudiciis, & in cap.quod autem de iure patronatus.* & eandem sententiam tenet Rochus *vbi supra nu.15.in fine & Selua d. q.6.ad finem.*

9 Qua † igitur ratione interpretes nostri, ex Iurisconsultorum auctoritate respondent, pupillares tabulas cessare, simulac minor, ad pubertatem peruenit, quia iam per se ipsum disponere & testari valet, ita & in specie, quam tractamus, resoluendum est, a patre factam nominationem cessare, simulae minor ad eam ætatem peruenit, in qua nominare per se ipsum potuit: & consequenter,ab eo nominatum pręferendum esse, iuris nostri principiis, & præceptis, consentaneum esse intelligo. Video tamen in oppositum, citari recte posse notabile Imperatoris rescriptum in *l. fin. C. de inoffic. testam.* vbi pupillis negatur bonorum suorum dispositio, & administratio, ne quo modo parentibus, aut agnatis nocere valeant. Quo argumento videtur esse neganda hæc nominandi potestas, ne fiat præiudicium dispositioni paternæ, aut illa non extante, consanguineis ab intestato successuris, ad quos ea emphyteusis, sub titulo hæreditario, est peruentura, *vt infra suo loco tractabitur.* Sed non obstat recte intuenti, quia ille text. loquitur, & procedit in bonis propriis, liberis, & exemtis, quorum dispositio pupillis interdicta est, non vero in emphyteuticis, in quibus ille nominans, de suo nihil omnino præstat, præter nudum illud nominationis ministerium, a primo enim concedente, nominatus dicitur capere, *tex. in l.vnum ex familia.§.1.& ibi Doctores.ff.de leg.2.*

10 Vel † etiam aliter, & secundo responde, quod emphyteusis pupillo concessa est cum ea clausula, & qualitate, quod possit secundam, vel tertiam personam, iuxta formam concessionis, nominare, qua ratione ille eam formam concessionis obseruans, & consequenter nominans, neutiquam dici potest, in fraudem propinquorum fecisse, cum iure sibi, a domino directo concesso, vtatur Ex quibus, meo quidem iudicio, firma hęc sententia est, minorem qui septennio maior est, nominare ad emphyteusim posse, quam insignis ille Gonsalus Valascus Pintus Conimbri censis primarius doctor, tenuit *in d. l.vnum ex familia. §.1. ff.de legat.2.illa.5.*

At † video iam lectorem, adducentem in contrarium glo. illam singularem, & communiter receptã in *in l.Serui electione.ff. de leg.1.* & Rip.*ibid nu.11.* resoluentem, pupillum neutiquam posse eligere. Sed obstat minime, quia loquitur, & procedit, quãdo pupillo fuit data seruorum optio, vt illum scilic. haberet, quem vellet eligere in qua specie, quia poterit illum optare, quẽ præstaret, non habere, cũ ratione fuit illi interdicta electio, ne patrimonium suũ minueret, & conditionem deteriorem faceret: quod agnoscens, qui electionem minori dedit, ita visus est dedisse, vt ille eo modo eligat, quo sibi rectius consultum erit: quę ratio in emphyteutica concessione, vtiq; cessat. Hæc quęstio cum nobis Braccatæ, vbi cum magna nominis celebritate per plures annos aduocationis officio perfuncti sumus, incidisset, Senatus ille grauissimus nostram probauit sententiam, & frequenter deinceps eo iure vsus est. 11

Censebam † tamen adhibendam fore tutoris auctoritatem, iudicisq; decretum, ex sequẽtibus. 12 *Primo*, quia per huiusmodi nominationem minor iure priuatur vtilis dominii, quod ex emphyteutica concessione habet. Ad quam quidẽ vtilis dominii alienationem, necessariam esse tutoris auctoritatem, ac iudicis decretum indubitati iuris est, ex his quæ habentur *in l.magis puto. §.si pupillus. ff de rebus eorum, & per totum illum titul. & C. de prædiis minorum: & in l.Lex quæ tutores. C.de admin. tutor. & l.si curatorem habens. C. de in integr. restit.* quorum iurium regula, quæ habet, bona immobilia minorum, non posse sine tutoris, aut curatoris auctoritate, & iudicis decreto alienari, etiã quando vtile tantum dominiũ alienatur, obtinet, *vt voluere gloss. Bar.& Alb. & alij.d §.si pupillus, & commendat Aret. in l.1.§.si vir vxori.ff.de acq poss.col.2. in fi.Ias.in l.2.ff.de offi. eius,nu 5.Iodoc.lib.de subhastatione pag.11.nu.15.Gomez.* qui testatur communem *tom. 2.c.de mino. restit. nu. 14.Paris lib.3.cons.85.nu.35.* qui licet loquatur, quãdo rei liberæ minoris, vtile dominium alienatur: ego sane intelligo, idem obseruandum esse, cum illius vtile dominiũ alienatur, seu emphyteusis, quã habet Si enim minor nominãdo, aut aliter rem alienat, adhibẽda est tutoris auctoritas, ac decreti solemnitas, aliter ipso iure nulla alienatio censenda est, *per d.iura. Secundo,* in huius sententiæ fauorem inducimus, notabile Iureconsulti responsum *in l. restit 37.§.1.ff.ad Treb.& in l.1.§.fuit quæsitũ,eod. tit.* vbi cauetur, pupillũ sine tutoris auctoritate minime posse hæreditatẽ fideicõmissario restituere: multo ergo minus poterit ad emphyteusim quempiã nominare, eiq; ius emphyteuticũ restituere. Constat.n. proximiorem esse in casu nominationis læsionẽ, quam in casu restitutæ hęreditatis, ad quam restituendã compelli minor potest *l. sed si alio. 9. in pr ff.ad Treb.l.si legatus.30.eod.tit. & ibi glo.verbo obligetur.* Qua ratione in ea restitutione minor vix lędi potest, nominare vero ad emphyteosim, sine graui ipsius minoris pręiudicio, contingere non potest: siquidẽ per eam minor emphyteusim ipsam, iusq; emphyteuticũ perdit, & in nominatum transfert, quod sine patrimonii diminutione non fit. Ergo citra auctoritatẽ tutoris, & præsidis decretum, ex regula pdicta, non põt: quod nos latius diximꝰ, *in nostro analyt.comment. de in integ.restit.verbo. læsu.n.78.*

Nec † ad rẽ facit, hęreditatis restitutionẽ, in fa- 13

cto consistere, & facti esse, vt tradit Socin. *in l.1.§. fuit quæsitum nu.1.ff.ad Treb.& ibi Ias.post num.9.* quicquid contradicat Alex. *ibidem post nu.2.* intelligens Bart.& communem contrarium existimasse: imo quod consistit in iure. Aliter.n.(ait ille) quemadmodum tutor, sibi auctor esse potest, tradẽdo sibi ipsi rem, quã a defuncto emit, quia illa possessionis traditio, facti est, & in facto cõsistit. *l. Fistul.§.1. ff.de contrah.emt.* ita posset hæreditatẽ sibi restituere, quod minime potest, *vt in d.§.fuit quæsitum, habetur.* Ergo fatendum est (inquit Alex.) restitutionẽ hanc iuris, non facti esse. In quo meo quidem iudicio, Alex.non videtur hanc rem, vt decebat, tãtum virum, perpendisse. Debuit.n. meminisse ex possessionis traditione, nullum prorsus iuris effectum transferri, sed magis ex titulo præcedente, vt habetur *in l.traditionib.C.de pactis,* quę hoc modo sane intelligitur, dum probat traditione rerũ dominia nobis acquiri, pręcedente scilicet titulo habili.aliter sola rei traditio, inducere dominiũ non valet. *l. nunquam. ff.de acquir.rer.domin.* quod in hæreditatis restitutione obtinere, Bart.& communis negat, quia per eam solam restitutionem transferuntur in fideicommissarium omnes actiones hęreditariæ. Quamobrem Alex.non videtur recte cõsideratasse, quatenus voluit hanc restitutionem, facti non esse, sed iuris, ex illa iurium, & actionum hæreditariarũ translatione, quę impedimẽto non est, quominus illa facti sit, si cõsideras illam restitutionem in esse productam operari illum effectum trãslationis iurium & actionum, quo respectu, & si facti sit, exerceri a pupillo non potest: quia solus iura, quæ habet etiam alii restituenda, cedere non potest. Quo argumento, idem est respondendum in emphyteutica nominatione, vt illam solus pupillus facere non possit, ne ius emphyteuticum, vtilesq; actiones cedens, a se transferat, & illis priuetur: quod ego verius esse intelligo, & sine dubio obseruandum.

14 Nec † quod supra diximus, posse pupillũ, possessionem amittere, quia facti est, *per l.possessionem. 29.ff.de acqu.possess.* sine difficultate procedit, quoniam in contrarium induci solet, text.ille notabilis *in l.is cui bonis.ff.de verbor.obliga.* vbi Iureconsultus probat, prodigum, & similes, quib. bonorum administratio interdicta est, nec possessionem quidem in alium transferendo, alienare posse, vt clare ex verbis illius responsi deprehenditur, *tradere vero non potest,* quod ibi mente tenendum firmat Ang. pro pupillis, & similibus, qui alienare non possunt, nec obligari, nec rerum possessionẽ tradentes amittunt: *sequuntur Paulus, & Ias. ibi num. 8. & Zasius 11.* Quamuis firmo (vt aiunt) pede Roman. Imola & Alexan.ibi, contra Angelum resoluant. firmantes, loquutum fuisse, contra tex. *in d. l.possessionem. 29.ff.de acq.possess.* vbi Iureconsultus in hæc verba, *possessionem, pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse, constat, non vt animo, sed vt corpore desinat possidere. Quod enim facti est, põt amittere, alia caussa est, si forte animo velit amittere, hoc enim non potest,* ecce (inquiunt) qualiter Iureconsultus respondit, pupillum possessionem amittere posse, quia facti est: quare putant stare Angeli sententiã, nõ posse, opinantes tex. *d.l.is cui bonis,* intelligendum esse, etiam in pupillis, in quib. magis est limitandus, quia amittere possessionem possunt, *per d. l.possessionem,* per quam (& hoc magis est) intelligunt pręfati interpretes, etiam prodigum possessionem perdere, restringentes tex. in *d l. is cui bonis,* ad rerum dominium, quod non posse alienare, verum est, per illum tex.& censent, hanc opinionẽ fouere, quod tradit Bald. *in l.2.ad finem.ff de iurisd.omn.iud.* vbi asserit forensem prohibitum acquirere in territorio, posse nihilominus possessionem ad. pisci, quia facti est, *arg.notatorum in l. 1. § si vir vxori.ff.de acquir. poss.* & hanc sententiam contra Angel.magis probat Iason.

Verior † tamen est Ang.sententia, *vt in d.l.is cui bonis,* probat Zasius *nu.11.* per text. ibi, plane ꝓbantem, prodigum, non posse amittere possessionem: quod idem est respõdendum in pupillo, cui similiter a iure prohibita est bonorum administratio. Nec in cõtrarium mouere debent, verba, *d.l.possessionem.ff.de acq.poss.* quib.Roma.Imola, & alii innituntur: quoniam si cum iudicio perpẽdantur, solum probant, pupillum eam possessionem, quæ iuxta iuris dispositionem per recessum a re amittitur, perdere posse: ea enim quia facti est, & in facto cõsistit, a pupillo, a re possessa, recedente, vtiq; perditur, quemadmodum, & ab adulto. Contrariũ vero obtinet, quando minor animo, & voluntate, suam vult perdere possessionem: quod quidem ipse facere non potest, vt Iuriscõsultus ait in *d. l. possessionem,* ibi. *Alia caussa est, si forte animo velit amittere, hoc enim non potest.* Qui planus est illius legis sensus, & literæ consentaneus: secundum quẽ ille text. minime probat, quod supra in fauorẽ nominati a pupillo, diximus. Quamobrem tutoris auctoritatem, & iudicis decretum interuenire debere, necessarium fore arbitror, aliter nominationem nullius momenti futuram. 15

Non † vulgaris tamen est quæstio, sed in foro frequens, *an aduersus nominationem a se factam, minor restitui possit?* Et præscribendi sunt duo casus, quorũ alter respicit nominationem reuocabilem, alter vero irreuocabilẽ, iuxta l.Regiam *lib. 4.titu.63.* Horum primus casus, facilem decisionem continere videtur, vt neganda sit minori restitutio, cum remedium habeat ordinarium, quo, per reuocationem a se factam, sibi prouidere, ac consulere possit. Quemadmodum in simili resoluit Bart. *in l.1.§.fuit quæsitum.ff.ad Trebell.* aduersus donationem caussa mortis, a minore factam, negandam fore restitutionem. Et ibi Angel. & Imol. Cuman. & Alex.hoc vtuntur argumento, quamuis Bart.alio longe diuerso nitatur, & *in l.verba. 20.ff. de verb.sign.* vbi etiam Alciat. idem Bart. *in l.fin.ff.si quis aliq. test. prob.* facile enim, hoc remedium reuocationis est, nec minus vtile, quam restitutio, quare illo minor vti debet per regulam *l.in caussa, in 2.in prin.ff. de minor. tradit Soarez allegat. 20. col.3. post princ. Ias.in d.§. quæsitum. num. 38. & ibi Ripa. num. 31. Palacius Rubeus in l.5.Tauri.num. 17. Guilel. in cap. Raynutius de testam. verbo, Adiecta impuberi, num. 89. & Mauritius in tract. de in integrum restitut.c.279.* qui omnes & si in testamento a minore facto loquantur, eadem profecto ratione, idem in donatione caussa mortis obseruandum est, *vt tradit Gomez.2. tomo c. 4.nu.19. Riminald in prin.inst.de donatio. nu.33.cum seq. & num. 390. Marianus Socin.in l.sciendum.ff. de legat. 1. num.108. cum seq.* 16

Secundus † vero casus, quando minor reuocabiliter 17

biliter nominauit, magis ambiguus est: videtur enim, minori deneganda restitutio, quoniam minor nominans, ad emphyteusim, nihil de suo cōfert, cum nudo tantum ministerio vtatur, per tex. *in l. vnū ex familia ff. de leg. 2.* ibi. *Perinde omnia seruabuntur, ac si nominatim, ei qui postea electus est, primo testamento fideicommissum esset relictum, non enim facultas necessaria electionis, propria liberalitatis, beneficiū est,* & ibi omnes obseruant, grauatum alii restituere, nihil de suo, præstare videri, sed magis eum, qui grauauit, ex ratione Iureconsulti in §. 1. ibi, *Quid enim de suo, videtur reliquisse, qui quod reliquit, omnino reddere debuit.* Cum aliis, quæ adduximus, *in nostro analytico Commentario de restit. minorum, verbo læsi, a num. 75 fol. 320.* Ex quibus minori nominanti, cum emphyteuticæ concessionis, nudum tantum ministerium exequatur, & de suo nihil præstet, restitutio deneganda videtur.

18 Comprobatur † hoc, ex grauissimo Iurisconsulti Vlpiani responso, *in l. si sponsus. 5. §. si maritus. ff. de donat. inter vir.* vbi Vlp. eleganter respondet, validam esse donationem, a marito vxori factam, de re quæ aliunde, ab alieno patrimonio profecta est: quoniam per eam, ipsius mariti facultates non minuuntur, ac proinde maritus hæreditatem repudiare potest, vt illa vxori acquiratur, quoniam ex eo pauperior factus non est. Qui etiam textus magis vrget, *in §. si quis*, vbi, maritus fuit rogatus, percepta certa quantitate, vxori suæ hæreditatem restituere, isque sine deductione restituerit, refert Vlpianus Celsum Iureconsultum, lib. 10. Digestorum scripsisse, *magis pleniore officio præstandæ fidei, functum maritum fuisse, quam donasse videri.* Cui sententiæ rectam rationem Celsus adiciebat, quod plerique magis fidem exsoluunt in hoc casu, quam donationem, nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti. Nec immerito, sæpe enim credimus, aliquid defunctum voluisse, & tamen non rogasse. Quæ sententia habet rationem, & magis in eo, qui non erat, deducta quarta, restituere rogatus, & tamen integram fidem præstat, omisso Senatusconsulti commodo. Hic enim vere fidem exsoluit, voluntatem testatoris secutus. Cum igitur, nihil de bonis erogatur, recte dicitur, valere donationem. Vbicunque itaque non diminuit, de facultatibus suis, qui donauit vel etiam si diminuit, locupletior tamen alter non sit, donatio valet. Vides lector candide, quam plane eo responso Iurisconsultus doceat, omnē cessare læsionem, quando quis ex alieno præcepto restituit, hæreditatem, vel quid aliud, quod retinere poterat. Cuius responsi argumento, & ratione, vtiq; satis probabile est, imo verissimum, maritum, habentem emphyteusim, posse vxorem nominare, & nominationem ita factam, plenam firmitatem habere, quoniam non ab illo capit vxor, sed a domino: ac proinde in proposita specie, ex ratione, adducta a Iurisconsulto, *in d. §. si maritus*, optime infertur, ex nominatione emphyteusis a pupillo alteri facta, omnem læsionem cessare, licet ipse vsque ad mortem, emphyteusim retinere potuisset: cum nominando, debitum officium præstiterit, & nudo ministerio functus sit, nec de suo nihil quicquam dederit, quare restitutio deneganda est. Faciunt quæ traduntur *in l. cum oportet. §. fin autem, C. de bon. quæ liber.* Vbi Dd. resoluunt, donationem, seu remissionem vsusfructus, quem pater poterat retinere, bonorum aduentitiorum, a patre filio, in potestate factam, valere, nec patrem quicquam de patrimonio suo detraxisse censeri, quod latius prosequimur in *nostro Comment. a. de restit. mino. verbo læsis, num. 75. pag. 321. versi. facit etiam.*

Ego † tamen in proposita specie, prędictis non 19
obstantibus, contrarium verius semper esse censui. Animaduerto enim in hoc casu, minorem maximam læsionem pati: quoniam cum potuerit eam nominationem, vsque ad vltimum vitæ spiritum differre, & consequenter fructibus rei emphyteuticæ interim vti, & frui, sane palam est læsum manere pupillum, tanquam fraudatum medii temporis interusurio, ac proinde ei restitutionem, propter illud damnum, & lucrum amissum competere: et in quam rem facit, quod tradit Peralta *in l. vnum ex familia. § rogo. num. 11. ff. de legat. 2.* vbi postquam *in §. sed si fundum, num. 9.* post alios obseruauit, huiusmodi nominatum, grauari, a nominante non posse, *num. 11.* resoluit, contrarium admittendum fore, quando nominans potuit vsq; ad mortem nominationem differre, req; ipsa vti, & frui. Qua tunc, inquit, ratione illius interusurii, nominatum recte grauari posse: quia illud de suo præstitisse, necessario fatendum est, *per ea quæ not. in l. 1. § creditori. ff ad leg. falcid.* vbi habetur, ex legato creditori relicto, in quo debitum legatur, detrahi non posse falcidiam, quia nullum commodum legatum continet: At si forsan legatum sit, creditum, quod adhuc non debebatur, quia statim potest peti & exigi, falcidiæ locus est, quia iam emolumentum illud legatum habet, respectu interusurii, illius temporis anticipati: Est enim text. *in l. si constante. 25. §. quoties in princ. ff. solut. matr.* vbi etiam huius interusurii, habetur ratio, ibi. *Tunc deducto commodo medij temporis, condonatio residui præsentatur,* tradit Soarez, *titul. de las arras, pag. 25. versi. ex quibus.* Quare cum læsio manifesta sit, apparet restitutionem concedendam fore, *vt per totum. ff. de minoribus.*

Nec † obstant, in contrarium adducta, quoniā 20
si cum iudicio perpendamus, solum loquuntur & procedunt, quando maritus, vel pater, de suo nihil prorsus confert, sed tantum in fauorem vxoris, aut filii, remittit acquirenda, in quo casu, quia suum patrimonium non minuit, respondit Iurisconsultus, validam esse donationem, quasi plenius sit per maritum, adimpleta defuncti voluntas. Noster autem casus est longe diuersus, in quo constat minorem, emphyteusim, & sic rem propriam, nominando alienare, cum fructibus, quos, interim, dum viueret, percipere, & retinere poterat. Ergo cum in eo læsus reperiatur, restitutio cōcedenda est, quæ læsio licet etiam in marito, vel patre restituente vel remittente contingat, cessat tamen minoris ætatis beneficium, quod propter læsionem, restitutionem indulgere solet. Efficacius pro hac sententia vrget tex. *in l. 3. §. fin. ff. de donat. inter vir.* vbi donare maritus dicitur, qui volentem sibi donare rogauit, vxori potius, vt donaret, quasi ille prius acceperit, & deinde breui manu vxori dederit. Ita Vlpianus: *Si donaturum mihi, iussero vxori meæ dare, ait Iulianus, nullius esse momenti.* Per-

inde enim est habendum, atq; si ego acceptem, & rem meam factam, vxori meæ dedissem, quæ sententia vera est. Agnoscit enim Iurisconsultus, in ea specie, inesse patrimonii diminutionem: Aliter nisi maritus pauperior efficeretur, donatio valida esset, vt idẽ Vlpianus respondit *d. l. Sponsus. §. si maritus. ff eod. titul.* Sed quoniam hæc latius, & copiosius *in nostro Commentar. analyt. de restit. minor. verbo læsis, a nu. 75. vsque ad nu. 78.* prosequimur, eo te mittimus lectorem candidum, vbi etiam tractamus, *nu 76.* an *minori roganti patrem vt potius sororem nominet, aut eligat ad emphyteusim, quam ipsum, restitutio concedenda sit?* & nu. 77. *an nominani alium, cum fructuum reseruatione restituendus sit.* & num. 78. *an nominatio a minore fieri possit citra tutoris, vel curatoris auctoritatem?*

ARGVMENTVM.

Seruus deportatus, & damnatus ad mortem an possint nominare.

SVMMARIA.

1 *Emphyteuta factus seruus, potest nominare, quia est, quid facit.*
2 *Factus seruus, quia se permisit venundari, nominare potest, contra Costam.*
3 *Seruitus superueniens, nocere non solet.*
4 *Seruus pœna nominare non potest.*
Interpret. lex, Ex facta. §. si quis rogatus, ff. ad Trebell.
Seruus pœna quis dicatur.
5 *Deportatus potest nominare.*
6 *Nominatio est quid iuris, contra communem.*
7 *Adiecto solutioni, non recte soluitur, si mutauit statũ.*
8 *Responsio contrariis, à Costa, & Fortunio adductis.*
9 *Granatus eligere cũ morietur, viuus non potest eligere.*
10 *Restitutio patris deportati, prodest filiis in deportatione conceptis.*
Restitutio serui pœnæ, non prodest filiis.
11 *Interpretata l. Cum quis. 38. ff. de solutio.*
12 *Interpretat. l. Eum qui ita 56. §. qui sibi. ff. de verbor. obligat.*
13 *Deportatus, est alius homo.*
14 *Deportatus efficitur peregrinus, & incapax eorum, quæ sunt iuris ciuilis.*
Filius qui potest succedere, tantũ excludit substitutũ.
15 *Deportatus potest nominare, ad emphyteusim, etiam filium, post deportationem conceptum, quando potuit nominare extraneos.*
16 *Ad emphyteusim concessam, pro vno ex filiis, non potest nominari natus, post deportationem.*
Restitutio patris, prodest filiis.
17 *Deportatus, cui simpliciter data est potestas nominandi, non ad tempus mortis collata, non potest nominare, sed contrarium verius, contra Bart.*
18 *Interpret. l. cum proponas. C. de fideicomm. libert.*
19 *Deportatus reuocare potest, semel factam nominationem, seruus vero pœnæ non.*
Emphyteusis concessa pro filiis, non pertinet ad filios, conceptos post damnationem in metallum.
20 *Seruus pœnæ, potest de nouo eligendi potestatem acquirere.*
21 *Damnatus ad mortem, si est in vinculis retentus, efficitur seruus pœnæ, aliter non.*
22 *Condemnatus ad perpetuos carceres, est seruus pœnæ, de iure canonico, non ciuili.*
23 *Tres species pœnarum, efficiunt condemnatum, seruum pœnæ, non alia.*
24 *Pœna carceris inflicta a iudice seculari, non reddit seruum condemnatum.*
25 *Condemnatus appellans, euitat seruitutem, irrogatam per sententiam.*
26 *Fallit vbi non auditur appellans.*
Beneficio priuatus appellans, potest illud resignare.
27 *Hæres potest appellare, si post latam sententiam, infra decem dies, reus moriatur.*
Fugiẽtem a carcere reum, sequitur seruitus quocumque vadat.
28 *Sententia notorie iniusta, non facit reum seruũ pœnæ.*
29 *Idem, si sit condemnatus a iudice incompetenti, vel ad membri mutilationem.*
30 *Hodie liber homo, seruus pœna non efficitur quisquam.*
Interpret. l. 4. Tauri.
Sententia ipso iure, inducit seruitutem.
31 *Interpret. Ordinatio Regia lib. 5. tit. 94.*
Hodie is solus, est seruus pœnæ, qui vita priuatur.
32 *Damnatis ad mortem, negatur testamẽti factio, quia serui fiunt, & eorum bona publicantur.*
Vbi condemnatus, nec libertate, nec bonis priuatur, testabilis est.
33 *Nullus bene natus, etiam ad mortem damnatus, efficitur seruus pœna, contra communem.*
34 *Seruitus est contra ius naturale in homine.*
Hodie bona confiscantur, in solo crimine læsæ Maiestatis.
In regnis Castellæ, nullus fit seruus pœnæ.
35 *In his Regnis, damnatus ad mortem est seruus pœnæ, per l. Reg. lib. 5. tit. 94.*
Per condemnationẽ ad mortem, reuocatur testamentum factum, & consequẽter nominatio in eo facta.
Interpret. Ordin. Lusitania lib. 4. tit. 63. §. 3. & lib. 5. tit. 3. §. 18.
36 *Nominatio facta, post delictum commissum, irritatur secuta sententia condemnatoria.*
37 *Post delictum commissum, donatio facta est nulla, quando ipso iure, bona sunt confiscata.*
38 *Per sententiam sanguinis, reuocantur testamenta, & cætera omnia reuocabilia.*
Nominatio caussa mortis reuocabilis, donationi caussa mortis comparatur.
39 *Donatio a marito vxori facta, morte mariti confirmatur, item etiam secuta mariti damnatione.*
Interpret. l. Res vxoris. C. de donatio. inter virum.
40 *Donatio paterna morte ciuili, confirmatur.*
41 *Seruitus hominis nocet donationi coniugi factæ, non seruitus pœnæ, & cur tam varie?*
Omnia quæ sunt, extra patrimonium delinquentis, etiam titulo reuocabili, non confiscantur.
42 *Doctissimi Hectoris Rodriguez, Primarij Salmanticensis intellectus.*
Pœnam inuitus patitur delinquens.
Nominatio emphyteutica ad instar, & similitudinem donationis caussa mortis, secuta capitali sententia, irrita, & inanis manet.
Destinatio patrisfamilias plurimum valet.
43 *Interpretata l. Cum hic status. 53. §. si maritus. ff. de donat. inter vir.*
44 *Interpr. Ordin. Regia. Lusitania. lib. 5. tit. 3. §. 18.*
45 *Bannitus an possit nominare.*
Interpret. Ordin. lib. 5. tit. 44. in prin. & § 8.
46 *Bannitus fori iudicatus efficitur seruus pœnæ.*
In his Regnis absens, absq; legitima probatione, non condemnatur ad mortem.
47 *Excommunicatus nõ põt nominare ad emphyteusim.*

48 Excom-

48 *Excommunicatus, pro crimine hæresis est intestabilis.*
49 *Nominare incertum de certis, est facti, de incertis vero, est iuris.*
In faciente alterum nomine, sufficit habilitas facti.
50 *Procurator inhabilis, potest habilem substituere.*
51 *Electio incerti, de incertis non est facti.*
52 *Contra Ripam.*

QVÆSTIO V.

1 RAtio, a nobis superius assignata, quæ habet, nominatiouem hanc facti esse, & in facto consistere, nos hortatur, vt iam aliqua vtilia inferamus. Et primo infero, *emphyteutam, factũ seruum, nominare secundam, vel tertiam personam ad emphyteusim, quam habebat, ante seruitutem posse.* Certi. n. iuris est, seruos eorum, quæ facti sunt, & in facto consistuot, capaces esse, vt Iustinianus docet in §. *sed cum factum. instit. de stipulat. seruorum,* ibi: *Veluti si seruus stipuletur, vt sibi ire, agere liceat, ipse enim, tantum prohiberi non debet, non etiam dominus eius.* & ibi ootãt gl. & Dd. & *in l. qui heredi. 44. ff. de cond. & demonst. in prin.* vbi ponitur casus, in quo, seruo meo dare hæres iussus est, & respondet Paulus, non satisfacere hæredẽ, si mihi dederit, quia in persona serui adimpleri defuocti præceptũ oportet: quod ibi Accursio, io glo. *verbo, non domino,* durum visum est, ex regula, *l. placet, ff. de acqu. hered.* vbi per seruũ acquisita, nec per momẽtum dicuntur penes illum esse: quare videbatur cõtrarium dicendum: imo quòd in persona domini, erat præceptum defuncti adimpleudũ. Sed potest dici, inqoit glo. quod datio, & receptio est facti. *l. cons. in fi. ff. de curat. fur.* Quare in persona serui sunt adimplẽda, qui capax est eorum, quæ sunt facti, *tex. in d. §. sed cum factum, l. stipulatio. §. hi. ff. de verbor. oblig.* qua ratione, quia nominatio facti est, & in facto coosistit vtiq; resoluendum est, emphyteutam seruum factum, nominare adhuc posse, quæ resolutio ad praxim deducta, vtilis quidem erit.

2 Finge † eum, qui emphyteusim habebat, cum potestate nominandi secundam, vel tertiam personam, permisisse se venundari ad precium participandom, in quo casu ex libero homine, ementis fit seruus, vt in §. *pen. Inst. de iure personarũ,* ibi, *aut iure ciuili, cum homo liber, maior viginti annis, ad preciũ participandum sese venundari passus est:* & ibi adnotant glo. & Dd. & Lusitanus Valascus *de iure emphyteutico q. 37. post nu. 9.* Is sic seruus factus, nominare ad emphyteusim vult, dominus, qui emit, negat, suam emphyteusim contendens, rursus & extinctam dominus directus asserit, ceterum posse nominare: ex proximo argumento deducitur facile, habito pro cõstanti, quod oominatio ista emphyteutica facti est, & in facto cõsistit, quod ita in specie resoluit Cumau. *in l. cum pater. §. hereditatem in 1. ff. de leg. 2.* intelligens per hanc seruitutem, non extingui potestatem eligendi, seu nominandi, quam ante illam contractam habebat, cum liber esset. Citat in argumentum text. in *l. si stipulatus fuerim. 76. ff. de verbor. obligat.* cuius hæc sunt verba, *si stipulatus fuerim illud, aut illud quod ego voluero, hæc electio personalis est, & ideo seruo, vel filio, cohæret,* quod & Caio placuit in *l. fin. in princ. ff. de verbor. obligat.* vbi I. C. Caius in eadem specie, in qua filius, vel seruus hanc, vel illam rem, quam maluerit, fuit stipulatus, ita subdit. *si seruum, aut filiusfamilias, ita stipulatus rem illam, aut illam, vtram ego velim, non pater, dominusue, sed filius, seruusue destinare, de alterutro debet.* Quo etiam responso, sine vllo dubio docemur, huic seruo negari electionem', seu nominatiooem, de qua agimus, hac enim iure, inter eligendi, & nominandi potestatem, nullam soleo constituere differentiam, *ex his quæ supra late resolimus.*

3 Ceterum † subtilis præceptor meus Costa *lib. 2. Select. c. 24. num. 3.* cootrarium resoluit, imo quod is iam nominare non potest, quia, inquit, per huiusmodi seruitutem, & status mutationem, effectus est nouus homo, *l. si seruus. 27. §. fin. ff. de adim. legat.* ibi, *nam, & si rursus in seruitutem inciderit, non tamen legatum eius resuscitabitur, nouus enim homo videtur esse,* & nos diximus, *in tract. de renouat. emphyt. q. 1. nu. 7.* Quare cum nouus ille sit homo, & diuersus ab eo, cui dominus directus nominandi secundã, vel tertiam personam cõcessit, vtiq; neganda illi, hæc facultas est. Ego certe, si libere, prout iurisprudentem decet, philosophandum est, huic insignis præceptoris sententiæ, assentiri non possum, ac proinde Cumani sentẽtiam probo. Etenim in hac materia superueniens seruitus oocere noo solet, *l. ex facto, 43. §. fin ff de vulga.* ibi, *quemadmodum intelligendum est in eo, cum scriptus esset hæres, postquam adijsset hereditatem, in seruitutẽ redactus, & postea libertate donatus est,* & *in l. si pater. 40. ff. de hered. inst.* vbi Iulianus in hæc verba. *Atqui si eum, quem liberum putabat heredem scripsit, hoc sermone, si hæres nõ erit, nihil aliud intelligitur significare, quam si hereditatem, vel sibi non acquisierit, vel mutata conditione, aliam heredẽ non fecerit, quæ adiectio ad eos pertinet, qui patres heredes scripti, postea in seruitutem deducti fuerint.* Ex quibus iuribus colligitur, satis esse quod a principio, quis fuerit liber, vt nominare postea possit: is enim qui hominis seruus est, omnino incapax non est, vt *Bart. adnotauit in l. si cognatis. ff. de rebus dubiis, nu. 1. & ibi Socin. num. 12.* qui coottarium probant in seruo pœnæ, de quo infra proxime, ex quo insignis Costæ sententia est probabilior.

4 Verum † is, qui seruus pœnæ effectus est, prorsus incapax est, etiam eorum, quæ facti sunt, quare nominare vtiq; non potest, vt Iurisconsulto placuit *in l. ex facto. 17. §. si quis rogatus in 2. ff. ad Trebell.* ibi, *Sed si pœna seruus fuerit constitutus, nullo ante concepto filio, iam parere conditioni non poterit, decessisseq; sine liberis videtur, sed cum decedit electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic dari non oportet*: Ecce pulchrum Vlpiani responsum, quo docemur, seruum pœnæ eligere, seu nominare non posse. Probatur in *l. intercidit. 58. ff. de condition. & demonstration.* ibi, *non idem erit dicendum, si ea pœna in eum statuta fuerit, quæ irrogat seruitutem, quia seruum morti adsimilatur,* tradit Peralta. *in l. vnum ex familia. §. 1. num. 7. ff. de leg. 2.* Concordat apud nos Ordina. *lib. 5. titu. 3. §. 18.* ibi, *porque esse, que a dita maldade cõmet eo, nom pode despois de cõmetida, nomear pessoa algũa,* Id est, *quoniam is, qui prædictum scelus commisit, post illud perpetratum non potest alium nominare.* Et est ratio, quia is pœnæ seruus, pro mortuo habetur *dict. leg. intercidit*, & propterea nec acquirere quicquam potest, etiam ex contractu iuris gentium, *l. Status. §. fin. ff. de iure fisci.* Ioterim tamen dum viuit, alimenta tantum petere, & capere potest, *l. 3. ff. de his quæ pro non scriptis habentur*, quod non

videtur considerasse Claud. in *d. §. si quis rogatus, ad finem col.1.* nec Fortun. *in l. Gallus. §. & quid sit tantum, num.30.* quæ notabilis est differentia, inter seruum hominis, & pœnæ, probata a Bart. & Socino, de quibus versi. *praeced.* quam & Gonsalus Valascus, olim primarius Conimbricensis. probauit, *in d. §. si quis rogatus, col.3. & in l. vnum ex familia. ff. de legat. 2.* cuius viri, doctissimas lucubrationes legimus.

Seruum autem pœnæ, illum esse censeo, qui ad pœnam mortis damnatus est, *l. qui vltimo. 29. ff. de pœnis,* vbi Bar. *nu. 3.* resoluit, id etiam hodie procedere, & est recepta sententia, *teste Couarruu. in Rubric. de testam. 3 par. num. 27.* Olim omnis damnatus ad opus publicum, dicebatur seruus pœnæ, quod etiam hodie obtinet in libertis non liberæ conditionis, *Salic. in auth. sed hodie, nu.1. C. de donat. inter vir. & vxor. Gomez. in l. Tauri. 4. num.3.* quod nostra lex Regia admittere quidem videtur *lib.2. titu.15. §.28.* quam sic oportet intelligas, ne iuris correctoria fiat. Vnde ingenuus, seu liberæ conditionis homo, ad triremes condemnatus, seruus pœnæ dici non valet, *vt adnotauit Ripa in d. l. ex facto. §. si quis rogatus in 2. ff. ad Trebell. num.1. Boer. quæst. 278. num.3. Costa in c. si pater, de testam. in 6. verbo, si absque liberis, num. 45. in fine pag. 153.* Vide infra *num. 23.* Cum deportatis igitur, hi quandam similitudinem habent, vt docet *Alex. d. l. ex facto. §. ex facto, in 1. num. 6. in fine, ff. ad Treb. & ibi Ripa. nu. 12.*

5 Quare † necessario tractandum est, *an deportatus emphyteusim habens alium nominare possit?* Et proculdubio respondendum est posse, ex auctoritate Papiniani *lib. 8. respon.* cuius ad id meminit Vlpia. *in d. l. ex facto, 17. §. si quis rogatus in 2. ff. ad Trebell.* ibi: *Etiam deportato, tribuit eligendi facultatem,* quoniam, vt diximus in facto consistit, quare illius capax est deportatus, quemadmodum & seruus. Probat idem Papinianus, in *l. cum pater. 78. §. hæreditatem. ff. de legat. 2.* vbi hæreditatem filius cum moreretur, filiis suis, vel cui ex his voluisset, restituere fuit rogatus, quo interea in insulam deportato, quærebatur *an adhuc posset eligere?* Et respondet I. C. *eligendi facultatem, non esse pœna peremtam placuit, nec fideicommissi conditionem, ante mortem filij hæredis existere.* Conuenit eiusdem Vlpiani responsum notabile in *l. sed si mors. 14. ff. de donat. inter vir. & vxor.* vbi postquam docuit, mortis caussa donationem, a marito factam, morte confirmandam, deportatione confirmari, subdit, *Ita tamen ne adimatur marito eam reuocare, quia mors eius est expectanda, vt tunc plenissimam habeat firmitatem.* Non est ergo mirum, quod possit eligere, qui electionem semel factam potest reuocare, vt ea lege cauetur. Deportatio enim, minime impedit, eorum acquisitionem, & exercitium, quæ sunt iuris gentium, & consequenter contrahendi potestatem, *l. si tibi mandauero. §. is cuius ff. mandati.* Quocirca deportato, nominãdi ad emphyteusim potestas deneganda non est, cum eligere possit, *vt in dictis iuribus,* & voluit Alexa. *d. l ex facto, in princ. num 1. ff. ad Treb.* vbi doctissimus Gonsalus Valascus obseruauit, *in §. si quis rogatus, in 2. col. 2. in fin.* inferens ad nominationes emphyteuticas, de quibus agimus, firmat Peralta *in §. 1. in l. vnum ex familia, num. 7. ff. de leg. 2. Fabia. in tract. de euitione, & vendit. quæst. 5. nu. 75. lib. 1. tractat. fol. 221.* tradunt *Alexan. in l. Centesimis. §. si. num. 12. ff. de verbor. obligat. & ibi Ias. num. 15. & in l. 1. C. de hæred. instit. post princ. versi. 7. Alciat. in l. illa verba, ff. de verbor. sign. nu. 7.* & est recepta sententia secundum Fortuni *in l. Gallus. §. & quid si tantũ, ff. de lib. & posthu. nu. 29. & ibi tradit Costa. 2. par. num. 15. cum seq. pag. 37. noster Gama. q. 175. ante nu. 3.*

Contrarium † tamen obseruandum esse, sedulo contendunt Fortunius *in d. §. & quid si tantum, nu. 22. cum seq. & ibi Costa in 2. par. latius, nu. 16. & lib. 2. Selecta. c. 24. nu. 2. & per totum,* & in certo casu probauit Ripa, relatus *infra hac q. nu. 51.* Mouentur primo per text. *in d. l. ex facto. §. si quis rogatus, in 2. ff. ad Trebell.* vbi Iurisconsultus, non simpliciter docuit eligere, seu nominare deportatum posse, sed ita demum, si liberetur, principis nempe indulgentia, ab ea deportatione, vt ex illis verbis liquet, *Papianus lib. 8. responsorum, etiam deportato ei tribuit eligendi facultatem, cui liber factus fideicommissum, restitui velit.* Aliter inepta quidem foret illa verborum adiectio, *cui liber factus,* si dixeris dubitandi ratione, hunc casum carere: siquidem restitutio, in pristinum statum, deportatum reponit, eumque habilem, ad nominandum facit. Quare attende, dubitandi rationem præstare, seruitutem ex pœna, deportata inflictam, qui etiamsi restituatur, quia iam nouus homo est, eligẽdi amplius facultatem non habet, vt *in d. §. si quis rogatus, 2.* habetur, ibi, *sed si pœna seruus fuerit constitutus, nullo ante concepto filio, iam parere conditioni non poterit, decessisseque sine liberis videtur, sed cum decedit, electionem illam, quam Papinianus deportato dedit, huic dari non oportet:* Quibus verbis plane docemur, in hoc differre a deportato seruũ pœnæ, hic enim simulac damnatus est, amplius eligere, seu nominare nõ valet, prorsus enim extincta est, illi concessa nominãdi facultas: quare, siue ante, siue post restitutionem eligat, nihil agit, pro mortuo enim is condemnatus habetur. Sed aliud est in deportato. Is enim restitutus, nominare, & eligere potest, quare si pendente deportatione, nominauit, & postea restituatur, ea nominatio conualescit, quia prorsus nulla non fuit: ea enim quæ facti sunt, in eius personam cadunt. Item ea, quæ iuris gentium sunt, vt *diximus.* Conualescit autem (vt Costa intelligit) ab eo facta nominatio, non vt ex tunc, sed magis vt ex nunc, si illam in deportatione factam nominationem restitutus, vsq; ad mortem non reuocauerit, quo facto eam videtur confirmasse, secundum quem sensum, vtique ille text. in *d. §. si quis rogatus,* probat non magis deportatum, quam seruũ pœnæ, durante deportatione nominare posse: si quidem vterq; nouus est homo, non ille, cui nominandi fuit potestas concessa, quod ex statim dicendis magis conuincitur.

Mouetur † etiam per tex. *in l. cum quis. 38. in prin. ff. de solutio.* cuius hæc sunt ad propositum notabilia verba: *Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait: vt ita demum recte Titio solui dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur. Cæterum siue in adoptionem, siue exilium ierit, vel aqua, & igni interdictum est, vel seruus pœnæ factus sit, non recte ei solui dicendum est, tacite enim hæc conuentio inesse stipulationi videtur, si in eadẽ caussa maneat.* Ecce, inquit Costa, Aphricani pulchrum responsum, significans dispositionem, seu mandatum de soluẽdo, Titio centum, tacitam habere conditionem, nisi ille statum mutet. Rebus enim sic stantibus, ea com-

ea commissio facta intelligitur, tradunt Dd. *in l. rogasti. §. fin. ff. si cert. pet. vbi post alios Ias. & Felin. in c. ex parte de rescript. Pala. in repe. Rubr. §. 67. num. 8. cum seq.* Sic ergo in casu nostro eligendi, seu nominandi facultas alicui, a domino directo concessa, intelligi sane debet, dummodo ille non mutet statum, quod graue nimis esse argumentum, aduersus communem sententiam arbitratur, Costa *in d. §. & quid sit tantum num. 26. cum seq. 2. par. pag. 41.* contra Alciat. insurgens, quem carpit, quod verum illius l. sensum, non perpenderit, quod multo prius ille conatus est docere, cum titulum. *ff. de pact.* Conimbricæ interpretaretur. Sed prædictis non obstantibus, ego a communi sententia, minime recedendum fore existimo. Quoniam autem huius rei cardo, & difficultas pendet, a vero sensu dictorum iurium, quibus Fortunius, & Costa monentur, ad illorum verba, & genuinum sensum, noster sermo conuerti debet.

8 Et † imprimis adeo, vehemens est, & efficax Iurisconsulti decisio, *in d. l. ex facto. § si quis rogatus in 2. ff. ad Trebell.* vt communem sententiam prorsus labefactare, ac euertere videatur: quatenus non simpliciter deportato, eligeodi facultatem concessit, sed magis cum verborum adiectione, *cui liber factus fideicommissum restitui velit:* quæ verba negocium nostris auctoribus tantum facessunt, vt ibi glossa ausa fuerit, literam emendare, vt potius reponenda sit litera, *liber existens,* quæ magna licētia est prorsus abiicienda, prout eam reiecit Costa in *d. 2. parte. §. & quid si tantum, pag. 36. in medio post num. 20.* vbi etiam Cumani aliam expositionem & *num. seq.* aliam Ripæ condemnat. Cuiacius doctissimus quidem vir, *in lib. 3. obseruat. cap. 10.* literam etiam emendare conatur, legendum firmans, *cui liberorum fideicommissum restitui velit:* quæ plana litera foret, si vulgatæ editioni Pandectarum, quæ passim ex archetypo Florentino circumferuntur, cōueniret. Inter has interpretationes, receptior est Accursii. Cumani sensum probat Claudi. *col. 1.* & Socinus *in l. cum auus, num. 105. ff. de condit. & demonstratio.* Ripæ vero sensum, quem ille tradit *num. 10.* probat etiam Fortunius, *in dict. §. & quid si tantum, num. 35.*

9 Ego † ex auctoritate Ripæ *d. §. si quis rogatus, nu. 3.* & Bart. quem citamus *infra num. 17.* & Costæ qui illum sequitur *d. 2. par. §. & quid si tantum, num. 20. pag. 38.* intelligo, in casu illius text. grauatum fuisse hæredem restituere, cum moreretur vni de filiis, cui voluerit. Et quamuis in tex. non adsint illa verba, *cum moreretur*, supplenda necessario sunt, per tex. *in l. cum pater. 79. § hereditatem. ff. de leg.* 2. vbi eademmet species proponitur ab eodem Papiniano Iurisconsulto, quod sine dubio respexit, *in d. §. si quis rogatus*, quare suppleri ex d. §. *hereditatem*, debet, vt *Ripa, & Costa explicant*, iuxta quam interpretationem *in d. §. si quis rogatus*, grauatus fuit hæres vni ex filiis relinquere, cum moreretur, in qua specie viuus irreuocabiliter nominare, seu eligere aliquem de filiis, non potuit, secundum regulam *d. l. cum pater. § a filia. ff. de legat. 2.* vbi grauatus cum morietur, non potest in vita irreuocabiliter quēpiam nominare, quia repugnat testatoris voluntas, qui electionem tantum concessit, inter eos, qui extitissent tempore mortis. Intelligo etiam tex. *in d. § si quis rogatus*, necessario legendum continuatiue ad. § præcedentem eiusdem l. *ex facto*, in quo quidem. §. disponitur, filios conceptos ante deportationem contineri sub illis verbis, *si sine liberis decesserit*, non vero post deportationem conceptos, quia ab alio homine videntur esse concepti, *vt ibi l. C. ait.* Modo in §. *si quis rogatus*, continuatiue ponitur casus, in quo hæres fuit grauatus, cū moreretur vni ex filiis, cui voluerit hæreditatem restituere. Sed *an præfata distinctio filiorum sit omnino obseruanda, ante deportationem, vel post, conceptorum*, ne quis dubitaret vt omnes filios comprehenderet vsus, est illis verbis, *cui liber factus, &c.* Si de ante cōceptis quæstio foerit. Cumani interpretatio tenenda est: vt liber factus dicatur per mortem naturalem, quæ omnia consueuit soluere, ante enim quam moreretur, vtique irreuocabiliter eligere quempiam, ex filiis, pater non potuit, *vt iam proxime diximus*, & propterea speranda est mors naturalis, quo illa confirmetur electio, seu intempestiua nominatio. Si vero pater nominauit aliquē, de conceptis post deportationé, quod facere non potuit, vt in d. § *præcedenti*, cauetur, debent intelligi, & exponi illa verba, *liber factus*, scilic. per principis rescriptum, & indulgentiam, quæ scilicet filiis postea conceptis, etiam prodest. Nam cum pater est in pristinum statum restitutus, consequenter, & filii in deportatione concepti, statum recuperant, & habiles fiont, *ex Ripa ibidem nu. 10. Fortun. in d. §. & quid sit tantum, nu. 75. & ibi Constan. 2. par. nu. 22. & lib. 2. Selecta. c. 24. nu. 4.*

Secundum † quem sensum, tex. *d. §. quis rogatus*, 10
emananit ad declarationem. § *præcedentis*, quatenus negat fideicommissum deberi filiis, post deportationem conceptis, vt non procedat, quando pater a principe fuit restitutus, quo casu filii censentur, cōcepti a ciue, non diuerso homine. §. *cum autem, Inst. quibus mod. ius pa. po. sol.* quia restitutio omnia reponit in pristinum statum *l. Quod si minor. § rest. ff. de minor.* Quod maxime in his terminis obtinet, in quibus hæc incapacitas filiorum, ex ipsamet deportatione proficiscitur, quam quod illa ademit, principis indulgentia reponit, ex singulari doctrina Bart. *in d. §. & quid si tantum. col. pen. ad medium Feli. c. inter quatuor, num. 5 de maior. & obedien.* quod ita in specie obseruauit Costa *in c. si pater. 1. par. verbo, si absque liberis, num. 44.* inducens bonum ad hoc text. in *l. Intercidit. 58. ff. de condit. & demonstr.* vbi Paul. hoc intelligit verum, etiā si princeps deportato patri pœnam tantum remittat: quod prius videtur agnouisse Bald. *in c. sciscitatus, de rescrips. num. 3. Angel. in l. ex facto. §. fi. num. 3. ff. de vulgar. Socin. in l. si cognatus, num. 14. ff. de rebus dubiis. Ripa in d. l. ex facto. §. si quis rogatus, in 1. nu. 11. ff. ad Trebell. in fine.* Quę resolutio, mihi semper suspecta visa est, quia ille, cui pœna tantum est remissa, non recuperat iura antiqua. *l. Generalis, & l. si pater. C. de senten. passis.* qua ratione non recuperat ciuitatis iura, & consequenter peregrinus censendus est, eiusque filii a peregrino nati, quoq; censendi sunt, & propterea excludere substitutū non possunt. *l. Quod initio. ff. de reg. iur.* Sed hæc seruo pœnæ restituto, applicari non possunt. *ex Ripa in d. § si quis rogatus, nu. 10. Costa in d. §. & quid si tantum, 2. part. num. 11. & lib. Selecta. c. 24. nu. 4. & in c. si pater, de testam. in 6 verbo si absq; liberis, nu. 45. Mencha. de success. creat. §. 21. nu. 173.*

Aliud † modo pullulantis Hydræ caput rese- 11

candum superest, quod Costa aduersus communem sententiã, contorquet, scilicet text. *in l. cũ quis 38. ff. de solutio.* nec merito, nisi meame fallit opinio, quia in casu illius text. Titius fuit solutioni adiectus, tanquam minister, & procurator, quo posset stipulatas pecunias recipere nomine principalis, qui illum solutioni adiecit, qua ratione, quia agitur de præiudicio mandantis, tacita illa inest conditio, nisi conditionem ille adiectus mutet, vt tradit Purpura. *in l. rogasti. §. fin. ff. si cert. petat. a num. 12.* Quæ ratio sane cessat, in grauato restituere, & emphyteuta, quem concessionis obligatio adstringit, secundam, vel tertiam personam nominare, in cuius fauorem illa electio est adiecta, & cõstituta, non alterius. Quapropter status mutatio, etiam per deportationem, illi non nocet, licet noceat adiecto in fauorem alterius. Ex quo vtiliter infertur, tex. *in d. l. cum quis* non procedere, quando id, quod adiecto est præstandum, alii, & non stipulanti acquiri debet, quia cessat d. tacita conditio, nisi statum adiectus mutet. *l. Stichum 95. §. vsumfructum eod. tit. de solut.* vbi Bart. & Paul ad finem, docent in casu illo, vsumfructum fuisse in Titii fauorem stipulatum, & vt illi a domino posset concedi. Quare status mutatio, domino non nocet, quo minus illi valeat vsumfructum dare. Nam vbi quis sibi, & Titio vsumfructum, stipulatur, duplex videtur vsusfructus stipulatio intercessisse, qui in persona vtriusq; diuersus est. vt *habetur in l. stipulatio ista. §. si quis ita. ff. de verb. oblig.* Qua ratione in ea specie promittens, facultatem habebat, alterum vsumfructum constituendi, in persona scilicet stipulatoris. vel adiecti duraturum, qua facultate non licet illum priuare, ob mutatũ statum adiecti. *Ias. in l. eum qui ita. § qui sibi ff de verb. obl. col. fin. versi. limita.* Cuius oppositum obtinet quando adiectus simpliciter respicit fauorem stipulantis, quod fit, quando tanquam procurator adiicitur, vt illius nomine accipiat: qui stipulatus est, quo casu, quia solius creditoris gratia, ille est adiectus, tacita subintelligitur conditio, si modo in eodem statu permaneat, *d. l. cum quis, ff. de solut.* Aliter si etiam in fauorem debitoris, ille adiiciatur, oppositum respondendum est per d. §. *vsumfructum, & l. antepen. eod. tit.*

12 Quib. minime obstat l. *cũ qui ita. 56. §. Qui sibi. ff. de verbor. obligat.* vbi Iulianus casum ponit, in quo quidam sibi, & filio impuberi in potestate, quem habebat, centum dari stipulatus est: cui postea emancipato soluere, non dubitauit promissor, quæsitum fuit, *an recte?* Et respondit I. C. recte solutum. Super solutione discruciant sese interpretes, vt est videre per Ias. ibi, *qui* tres, vel 4 assignat intellectus, *num. 14.* quorum nullus satisfacit, vt ibi per eum late agentem. Ego autem aliquando tentabam dicere, quod in casu d. *§. qui sibi.* I. C solum docuit filiumfamilias, vel etiam emancipatum posse solutioni adiici, non minus, quã quempiam extraneum, quid si teneas, ille text. nihil obstat: Aliter dic, quod filius, de quo ibi per emancipationem, mutauit statum facto, & culpa patris, qui illum emancipauit: quare sibi debet imputare, qui status mutationi caussam dedit, vel etiam cum communi, quam ibi probat Zasius *num. 10. cum sequent.* ibi mutauit statum in melius.

Quod † denique Costa contendit, deportato negandam esse hanc eligendi, seu nominandi potestatem, quia alius est homo, & non idem, cui illa concessa est, per text. in *d. l. ex facto. §. ex facto tractatum, ff. de legat. 2.* obstare multum videtur, si consideras, quod hac sola ratione & argum. Iureconsultus, ibi negat a deportato conceptos filios, minime excludere substitutum, quia ab alio homine concepti videntur, non ab eo, qui fuit grauatus, si sine filiis decesserit. Qua ratione idem videtur respondendum, in ipsomet grauato, deportato, vt tanquam diuersus homo, nequeat vllo modo eligere. Nam quod dicimus in filiis, propter patrem, multo magis debemus dicere in patre, quæ difficultas, quia pendet a vero sensu, d. § *ex facto*, operepretium erit, adiicere verba Iurisconsulti: *Ex facto tractatum memini, rogauerat quedam mulier, filium suum, vt si sine liberis decederet, restitueret hereditatem patri suo: is postea deportatus in insulam, liberos susceperat: quærebatur igitur, an fideicommissi conditio defecisset? Nos igitur hic dicemus, conceptos quidem ante deportationem, licet postea edantur, efficere, vt conditio deficiat, post deportationem vero susceptos quasi ab alio, non prodesse, maxime cum & bona sua, quodammodo cum sua caussa fisco sint vindicãda.* Vides qualiter I C. negat filios natos post deportationem, quasi ab alio homine cõceptos fisco non nocere, neq; facere, deficere conditionem fideicommissi. Ergo idem est dicendũ, in ipsomet parente deportato, vt nominare, seu eligere quempiam non possit: siquidem alius est, non idem, cui nominandi potestas data est. Varie illum text. in hac parte (quatenus probat deportatum alium hominem esse) declarant interpretes nostri, vt videre est, per Claudi. *ibi, col. 2.* & Cuman. *consil. 122. nu 3.* Padillam, in *l. cum acutissimi. C. de fideicomm. nu. 41.* communis illa, & recepta declaratio est, alium hominẽ dici deportatum, quia per deportationẽ amittit ciuitatem & ciuitatis iura. & consequẽter perdit statum prioris vitæ: quapropter reputatur alius diuersus homo ab eo, qui erat tẽpore grauaminis, seu ante deportationem, *Paulus in l. eius qui. §. 1. nu. 2. ff. de test.* Qua ratione illa clausula seu conditio *si sine liberis decedat*, intelligi nequit de liberis, post deportationẽ susceptis, quia non sunt secundũ iuris interpretationem, filii illius hominis, qui fuit grauatus, vt explicat Salic. *in l. 1. nu. 4. C. de cond. inser. Vincen. de Hercul. in d. § ex facto, colum. 2. ad fin. Barba. lib. 3. cons. 67 col. 5. Socin. 275. n 15. lib. 2.* & est cõmunis, & recepta interpretatio, *secundum Cagn. l. 1. nu. 44. C. de pact. Costam, in l. Gallus. §. & quid si tantum, 2. par. n. 30 ff. de lib. & posth.* Secundum quam cõmunẽ interpretationem, resoluendũ videtur, negandã esse deportato eligendi potestatem, quam sentẽtiam ego profecto tenuissem, nisi I. C *in d. l. ex facto. § si quis rogatus, in 2.* plane docuisset contrarium obseruandũ, imo quod deportato non potest negari, hæc nominandi facultas, quia in facto consistit, ibi, *Papinianus lib. 8 responsorum etiam deportato tribuit eligendi facultatem*, & in fine, ibi, *electionem illam, quã Papinianus deportato dedit.* Sed cur tam varie? facile explicatum non reperies. Ideo aduertendum censeo, deportatum, secundum iuris ciuilis traditionem, effici de ciue Romano peregrinum, & consequenter incapacem eorum, quæ sunt iuris ciuilis, iuxta ea, quæ traduntur, *in leg. 1.*

C. de

C. de hered. instit. & in l. Sed si hac. §. Liberos. ff. de in ius vocando. tradit Duaren. *libr. 1. disputat. cap. 9. ad finem. Brissoni. lib. 1. antiq. cap. 13. omnino Mancha. de successio.*
14 *progressu. §. 1. a num. 124.* Adnecto † etiam, quod secundum legem Mensiam, natus ex parte peregrino, incapax erat, & peregrinus reputabatur, vt constat ex fragmentis institu. Vlpiani titul. 6. ibi, *Connubio interueniente liberi, semper patrem sequuntur, non interueniente connubio, matris conditioni accedunt, excepto eo, qui ex peregrino, & ciue Romana peregrinus nascitur, quoniam lex Mensia, ex alterutro peregrino natum, deterioris parentis conditionem sequi iubet*, & ex l. *Lex naturæ. quæ sic debet intelligi, in fine. ff. de statu homi.* vbi scriptum est, partum sequi ventrem, *nisi lex specialis, aliud inducat*, quemadmodum hoc casu contingit, in nato a peregrino, qui licet nascatura ciue Romana, si peregrinus est pater, peregrinus nascitur, & incapax, contra regulam l. *Partum C. de rei vindi.* Ac proinde natus ex homine deportato, peregrinus censetur, perinde ac si eius matera principio, peregrino nupsisset, & consequenter succedere non potest, quia a peregrino parte natus est *d. l. 1. Codic. de heredi. insti.* ex quo subinfertur notabilis explicatio ad *d. §. ex facto tractatum*, vrrecte quidem responderit, Iureconsultus deportati filium, natum post deportationem, fideicommissum petere non posse, tanquam pro creatum ab alio homine, nempe peregrino: qualis pater per deportatione factus est, & post eam nati liberi, tanquam a peregrino, insuccessibiles nascuntur, quare substitutum non excludont, nec deficere fideicommissi conditionem faciunt, *ex gloss. Bart. & alus in l. Filiusfamilias. §. cum quis. Digest. de leg. 1. tradit Socinus in l. Cum auus num. 105. ff. de condi. & demonstr. Rip. in l. Fœmina in prin. n. 15. C. de secundis nupt.* qui resoluunt, illos tantum filios, excludere substitutum, qui succedere possint, non alios, quæ congrua quidem ratio est, ad dispositionem text. *d. §. ex facto*, vbi Iureconsultus respondet, successionis respectu deferendæ filiis natis, post deportationem, patrem alium reputari hominem scilicet peregrinum, non ciuem Romanum. Sed referri ad tex. *in d. §. si quis rogatus in 1.* nullo modo potest, ibi enim non est quæstio, de concedendo ipsi deportato, ius aliquod ciuium Romanorum, sed tantum facultatem eligendi, seu nominandi, quę in facto consistit, & quæ propterea nec deportato, neque peregrino negari de iure potest: Non ergo ex *d. §. ex facto.* deduci argumen[illegible] valide potest ad casum nominationis, seu electionis, cuius capax est deportatus, & peregrinus per supradicta, quæ est notabilis resolutio. Licet aliter explicent Claudius *col. 1. d. §. ex facto. Cumma. d. consil. 122. & Costa. d. §. & quid si tantum 2. par. n. 30.* qui, meo quidem iudicio, ad supra scripta non videntur aduertisse.

15 Ex † quibus iam vtiliter infertur, quod deportatus habens emphyteusim, cum facultate eligendi secundam, vel tertiam personam, potest pendente deportatione, nominare, & eligere quem voluerit, per tex. *in d. §. si quis rogatus in primo, l. Ex facto. ff. ad Treb.* modo quo supra explicatum, siue is electus filius, ante deportationem sit conceptus, siue etiam post. Nam quemadmodum potest, quemcunque extraneum nominare, in casu huius Ordinationis, secundum formam concessionis, *Pera quem nomear:* id est, *ei quem nominauerit*, ita etiam poterit nominare filium, post deportationem natum: cessat enim ratio *d. §. ex facto*, vbi repugnante defuncti voluntate, qui in fauorem filiorum, disposuit, respondetur, filios natos, post deportationem, tanquam ab alio homine conceptos, non comprehendi, & consequenter non facere, deficere conditionem, si sine filius decesserit.

Quapropter † si iuxta terminos illius textus 16
emphyteusis fuit concessa, pro vno de filiis nominando, vtiq; conceptus post deportationem, nominari non poterit, *ex ratione supra scripta*, quia ab alio homine videtur conceptus, non ab eo, cuius filios posse nominari, dominus directus voluit. Quæ vtilis profecto, declaratio est menteque tenenda, ad Ordin. *lib. 4. tit. 69. §. 5.* vt non procedat, si pater nominauit filium, post deportationem, natum, quia is nominari non potest, stante cōcessione sub forma, de qua ibi, *pera hum filho que delles nacer, id est filio, qui illis nascetur*, qualis per supra scripta, non est, post deportationem conceptus. Ita Imola *l. Lucius in 2. numer. 3. in fine. ff. de heredi. instit.*

Quod tamen est intelligendum, nisi ex principis benignitate, deportatus in pristinum statum restituatur: quoniam hæc restitutio, etiam filiis, post deportationem conceptis prodest, & illos capaces reddit: *vt supra nu. 10. diximus*, aliud resoluentes tamen in ferum pœnæ, cuius restitutio filiis non prodest. Quæ notabilia sunt in praxi, si maxime teneas cum Alex. *in d. §. ex facto agitatum, nume. 2.* ibi tradita, deportati filiis, quod non faciunt deficere conditionem: etiam hodie obtinere, quia negare non possumus diuersos, non eosdem homines esse, secundum iuris nostri traditiones. Concordat ibidem Vincentius *col. 2. ad finem*, licet contradicant Claudius *col. 2. Ripa num. 1. ibidem, & Alci. responso 505. num. 5. & Menesius de Padilla in d. l. Cum acutissimi C. de fideicom.* leui admodum moti argumento.

Sed † hæc omnia, sane videntur intelligenda, 17
quando defunctus eligendi potestatem concessit, ad tempus mortis collatam, vel etiam dominus directus, emphyteutæ hoc idem tribuit concedens facultatem, nominandi secundam, vel tertiam personam, ad emphyteusim, cum morietur, quemadmodum concedi, plerumque consueuit, sub hac forma, *que elle se ia a primei ra pessoa, & possa nomear a segunda, & esta segunda possa nomear a terceira, a hora de sua morte*, id est, *quod ipse emphyteuta sit prima persona, & possit nominare secundam, & secunda possit nominare tertiam, vsque ad tempus mortis*, vel sic, *pera elle & sua molher, & hum filho, ou filha, que dantre elles nacer, qual o que delles mais viuer nomear, quando morer*, id est, *sibi & vxori, & post eorum mortem, filio vel filia, qui ex vtroque fuerit natus, quem vel quam, is qui diutius vixerit, nominauerit, tempore mortis.* In qua specie videtur, a domino directo concessa potestas nominandi, seu eligendi, vsque ad vltimum vitæ spiritum, qua ratione superueniens deportatio, emphyteutæ non nocet, quominus nominare possit, & si alius homo censeatur, secundum iuris præcepta, quoniam habet adhuc domini directi voluntatem, & assensum, qui illi concessit potestatem nominandi, vsq; ad vltimū vitæ spiriti-

tum, vt notabiliter resolnit Bart. *in l. Centesimis. §. fin. ante n. 12. ff. de verboram obligat.* Ad hanc speciem grauaminis, *cum morietur*, restringens tex. *in d. l. Ex facto, § si quis rogatus ff. ad Treb.* ad quam, esse necessario restringendum, nos iam diximus *supra num. 9.* ex auctoritate Ripæ & Costæ. Quo circa in casu legis nostræ Regiæ, in quo dominus directus simpliciter concessit emphyteusim, cum potestate nominandi, secundam vel tertiam personam, nulla mortis mentione facta, vtique deportatus, vt *Bart. d. loco probat*, amplius nominare non poterit, quia desinit esse idem homo, cui data est nominandi potestas, Citat Bat. tex. elegantem *in l. Lucius 14. Dig. de fideicommissa. liber.* vbi Lucius Titius cum vxorem hæredem scripsisset, ita caoit, *Erotem seruum meum, liberum esse volo, si vxori mea placeat.* Cum itaque Seia vxor Lucii Titii abstinuerit ab eadem hæreditate, & ex substitutione, portio eius ad Titiam filiam cohæredem peruenerit, qoæritur *an ex his verbis Eroti libertas competat? Modestinus, Eroti, quod vxor testatoris hareditate se abstinuit, non obesse respondit.* Item quærebatur, *an Seia vxor, quæ se hareditate abstinait, petenti Eroti libertatem iuste contra dicere possit?* Modestinus respondit, *Seia dissensum, nullius esse momenti.* Ecce inquit Bart. casum in quo data fuit vxori potestas, negandi libertatem, si vellet, simpliciter, & hæc illi negatur, simulac desinit esse hæres. Quod eo factum est, inquit Bart. quia illa facultas non fuit illi concessa, & ad tempus mortis collata: ad qood quidem tempus, si collata fuisset, status mutatio illi non noceret, qnominus posset libertatem negare, & eoocedere, quémadmodum *in d. §. si quis rogatus*, hæredi deportato, qui desinit hæres, & idem homo esse, & non negatur eligendi facultas. Snnt ergo supra scripta, restringenda ad speciem prædictam, quando eligendi potestas, seu nominandi facnltas, fuit deportato concessa, & ad tempus mortis collata: in qua defendi potest Costæ sententia loco iam citato, probantis deportatum, quia alius homo est nominare non posse.

9 Oppositum † tamen aduersus Bartol. resolnit Imola, ibi, *in d. l. Centesimis ff. de verborum obliga. prope finem*: imo quod indistincte, siue simpliciter, siue etiam ad tempus mortis reperiatur collata, & concessa eligendi potestas, semper deportatus eligere potest: ex ratione a nobis supra scripta: qnia electio, est quid facti, & in facto consistit, quæ in vtroque casu militat. Nec vlla a Bar. redditur differentiæ ratio, quare magis in vno, quam alio concedi nominandi potestas debeat, aut negari, nisi de qualitate hæredis mentio fiat, qua palam constet, defunctum concessisse eam potestatem eligendi, vxori tanquam hæredi: in qua specie videbitur illam negasse, si hæres non erit, aut esse desierit. Quod videtur agnouisse glo. fin. *in d. l. Lucius 14. ff. de fideicom. hereds.* intelligens, in casu illo, vxoris repudiantis hæreditatem, dissensum nullius momenti esse, quia noluit hæres esse, ei quæ commissa fuit, consentiendi facultas tanquam hæredi, & aliter negata. In quo illa glo. non bene loquuta videtur, quando simpliciter nulla facta commemoratione illius qualitatis, commissa electio est, quemadmodum in casu illius text. fuit, quod vtique verum esse constat, ex auctoritate Imperatoris, *in l. Cum proponas 4. Cod. de fideicommiss. liber.* vbi idemmet casus exponitur, qui *in d. l. Lucius* fuit Modestino propositus. Et si recte consideres Modestini responsum, ex ea Imperiali sanctione, luculenter explicatur. *Cum proponas* (inquit) *fideicommissariam libertatem, ita tibi datam, si vxori testatoris placuisset, licet ea non adeunte hereditatem, pertinere cœperit, ad filium solida hareditas, non refragante tamen vxore testatoris, potes petere libertatem.* Ecce ibi, eamdem speciem, quæ in *d. l. Lucius*, Modestino fuit proposita, & nihilominus Imperator rescripsit, attendendum esse consensum, vxoris repudiantis hæreditatem. Ergo incaute Bar. credidit, simpliciter concessam eligendi potestatem extingui, ex ipso, quod quis hæres non est, aut hæres esse desinit: Quemadmodum contingit, in deportato, qui mutato statu, idem, qui prius erat, non est, quod sane per *d. l. Cum proponas*, stare non potest. quia ibi simpliciter fuit vxori concessa potestas, dandi seruo libertatem, si vellet: & quamuis hæreditatem repudiaoerit, & sic hæres non sit, negatur propter eius dissensum libertas, ibi, *nec refragante vxore, potes libertatem petere.* Per quem text. sane confunditur Bar. traditio *in d. l. Centesimis. §. fin.* distinguentis inter commissionem factam simpliciter, quam intelligit statim extingui, per *d. l. Lucius*, & ad tempus mortis collatam, quam existimat, vsque ad vltimum vitę spiritum durare, ex tacita committentis voluntate, per *d. §. si quis rogatus.* Quocirca contra Bart. ibi, cum Imola resident *in d. l. Centesimis. §. fin.* Roma. Fulgos. Alexand. & Iason. *ante num. 16.* idem Alex. *d. § si quis rogatus numer. 2.* At, quia nimis obstat ille text. *in d. l. Lucius*, a Bart. citatus, vbi Modestinus in eademmet specie proposita *in d. l. Cum proponas*, respondit, vxoris repudiantis dissensum, nullius momeno esse, gloss. intelligit, literæ *d. l. Cum proponas*, addendam esse dictionem, *maxime*, vt sic sensus, posse seruum, legatam libertatem petere, maxime, si vxor, quæ hæres esse noluit, non refragetur: quoniam & si illa contradicat, nihilominus libertatem seruus obtinebit, secundum quam literam, & sensum ille text. nec Bartol. nocet, nec Modestini responso *in d. l. Lucius*, obstat. Quare adhærens glossæ, Bart. merito videtur intellexisse, simpliciter datam potestatem eligendi, statim extingui, qnemadmodú ibi, circa dandam libertatem, fuit extinctus consensus. At quia nobis permissum noo est, legibus aliquid addere, & minuere, vt habetot *in princ. Cod. § quibus*, hanc interpretationem DD. negligunt: inte[illegible]entes Imperatorem *in d. l. Cum proponas*, declarare voluisse Modestini responsum, vt in eo casu tantum procedat, quo vxor postquam hæreditatem repudiauit, sine probabili causa, negabat dandam esse libertatem: quasi diuersum omnino foret obseruandum, vbi illa ex rationabili causa contradixerit, quod verum esse fatetur, gloss. *in d. l. Cum proponas*, argumento eorum, quæ habentur *in l. Seruos 20. Digest. de manu. testam. & in l. Cum quidam, & l. Cum pater. § rogo Digest. de leg. 2.* vbi a simili, libertatis fideicommisso, excluduntur indigni & ingrati offensionis rei: quam causam allegans, vxor audienda est, licet iam non sit hæres, nec illi ad tempus mortis reperiatur, concessa facultas. Quamobrem contra Bartol. communis resolutio est, secundum quam deportatus eligere potest, & ad emphy-

emphyteusim nominare, siue illi ad tempus mortis collata, potestas sit concessa, siue etiam simpliciter, quamuis repugnet Bartol. *in d. loco*, quem Fulgo. eo maxime carpit. quia in iure nostro, quo ad potestatem nominandi, nihil interest simpliciter, vel post mortem concedatur facultas. Semper enim, interim dum viuit, nominare potest, *l. Post mortem C. de fideicomm. sequuntur Alexand. d. § si quis rogatus. ff. ad Treb. post n. 2. & Ias. d. l. Centesimis, ante num. 16.*

19 Ex † quibus sic resolutis, id vnum in praxi, vtile aduertendum censeo, nominationem factam ab eo, qui postea deportatus est, minime confirmari, quoniam eam potest nihilominus, vsque ad mortem reuocare. *l. Si mors 14. ff. de dona. inter vir. & vxo.* cuius iam supra meminimus *n. 5. post versi. quare*, vbi resoluimus, eum posse nominare, deportatione non obstante: Ergo necessario concedendum est, posse variare, quod facit alium nominando, *secundum adnotata in l. Cum pater §. a filia. ff. de leg. 2. licet repugnet Costa in 2. par. §. & quid si tantam numer. 33. pag. 42.* Cuius sententia in seruo pœnæ defendi, probatique potest, quoniam is pro mortuo habetur, iuxta *l. Intercidit ff. de condit. & demonstra.* Quapropter alia, non est expectanda mors, ad præcedentis nominationis confirmationem, quam ille nequit etiam a principe restitutus reuocare, quia semel extincta nominandi potestas, non suscitatur. *l. Qui res. §. aream ff. de soluend. Areti. in l. Si quis mihi bona. §. 1. post numer. 3. ff. de acquir. hered. tradit Ripa in d. l. Ex facto. §. ex facto numer. 11. ff. ad Trebellia. & in materia videndus Socin. in l. Si cognatis. ff. de rebus dubiis num. 14.* Quo argumento, si emphyteusis fuit concessa pro filiis, vel pro nominando, vtiq; non poterit nominari filius, conceptus post contractam hanc ciuilem seruitutem, quoniam hi dicuntur, alterius hominis filii, nisi nascantur, post parentis restitutionem, a principe factam, *vt tradit Ripa d. nu. 11. & Costa in c. Si pater de testam. in 6. verbo si absque liberis n. 45. pag. 53.*

20 Id † etiam meminisse oportet, vtiliter Cumma. obseruasse *in d. l. Cum pater. §. hereditatem post prin. ff. de leg. 2.* seruum pœnæ, quem modo diximus nominare non posse, quod & ipse verum esse fatetur, posse nihilominus de nouo hanc nominandi, seu eligendi, potestatem consequi, quia facti est, & in facto consistit, quare huius facultatis, capacem esse asserit, quia facti est, *ex his quæ supra diximus*, vbi seruos capaces esse, omnium, quæ facti sunt resoluimus. Quod autem ibidem tractauimus, seruum pœnæ nominare non posse, id vtiq; auctore Cummano referendum est, ad facultatẽ, quam habebat, ante condemnationem. Hanc enim amplius exercere non potest, quia pro mortuo habetur, *d. l. Intercidit. ff. de condit. & demonstr.* & quia etiam restitutus, nouus est homo, non qui prius erat, seu cui concessa potestas nominandi fuit. Quæ ratio cessat in acquisitione de nouo, quam ille capere potest. quia facti est, & exercere eam valet, quia diuersus homo non est, sed magis idem, cui dominus directus, post condemnationem, eam potestatem dedit, quare nihil illi impedimẽto est, quominus nominare quempiam possit, quæ vtilis profecto est resolutio & mẽte tenẽda per quã resoluitur deportatũ nominare posse.

21 Quod † autẽ supra diximus, seruum pœnæ, esse ad mortem condemnatum, intelligo verum, dummodo ille in vinculis publicis detineatur: aliter, si absens condemnetur, seruitutem hanc nõ incurrit, vt notabiliter docet Bal. *in l. 1. C. de hered. inst. col. pen. vers. item licet præsens. ita gloss. 1. col. 2. in l. 4. Tauri. vers. hoc limitauit Bal. Iulius Clar. verbo, testamentum, lib. 3. q. 21. concordat gl. l. 4. tit. 2. lib. 2. legum Fori, verbo, fagans del iusticia. fol. 41. col. 2. vers. item nota*, citans Bal. hoc idem firmantem *in l. fi. C. si a non compe. iudi.* quem reperies *col. 2. in fine, vers. extra quæro*, resoluentem, absentem condemnatum ad mortem, ex forma statuti, seruũ pœnę non fieri, quamdiu in vincula Reipublicæ non fuerit coniectus, inducit Bal. in argumentum, dispositionem *l. Non est mirum 26. ff. de pignora. actione*, vbi scribitur pignus prętorium, contractum non esse, antequam res creditori tradatur, & ab eo realiter apprehendatur. Quo argumento sumpto de re, ad personam (inquit) idem est respondendum, in delinquente, ad mortem condemnato, vt seruus pœnæ non fiat, antequam realiter comprehendatur, & in vincula cõiiciatur: citat etiam text. in *l. Quod sæpe 35. § si quis amico ff. de contrah. emptio.* vbi qui seruum præsentem vendit, contra senatusconsulti, prohibitionem fecisse minime dicitur, quamuis is in fuga fuerit, habebatur enim interim, pro libero seruus, qui in fuga erat, nec venundari permittebatur, donec caperetur. Sic ergo pœnæ seruus non erit, qui adhuc in fuga extra vincula, absens est, *habetur in l. Si in laqueum 55. ff. de acquir. rerum dominio, & in Clem. Pastoralis, de re iudi.* quæ vtilis certe resolutio est, in his regnis, propter l. Reg. *lib. 5. tit. 44.* per quam aduersus delinquentes absentes, vsque ad definitiuam sententiam proceditur.

Quibus † addo, condemnatum ad perpetuos carceres, seruitutem hanc incurrere, ex his quæ tradit excellentissimus Iureconsultus, nostro seculo Iacobus Menochius *libr. sentent. 1. q. 89. Couar. Rub. de testa. par. vlti. n. 27. vers. ex qua. fol. 243. Barba in c. 2. de testamen. n. 16.* Quæ pœna, & si in vsu non sit in foro ciuili, ea tamen plerumque ecclesiastici iudices vtuntur, maxime hęreticę prauitatis Inquisitores, *vt habetur in c. quamuis, de pœnis lib. 6. & c. fi. §. 1. de hæreti.* quibus casibus accommodari supra scripta, recte possunt: si consideras, quod hęc pœna capitalis est, morti similis, *secundum ea quæ habentur in l. 2. ff. de liber. homi. exhibit.* tradunt *Bald. lib. 1. consi. 448.* intestabilem proinde hunc condemnatum censens, & Bernard. Diaz *in praxi canonica c. 129. n. 1. & 3. Grego. Lopez. lit. K. in l. 4. tit. 31. Par. 7. Arnal in c. quoniam de hæreti. q. 11. n. 3 & in prin. n. 17. & n. 58. Gaspar Lusita. in l. Imperium. ff. de iurisd. omni. iudi. n. 163. tradunt Inno. Panor. Purpa. & alii, quorum meminit addi. Bernar. d. c. 129.* quibus adde Bossium *tit. de carcere, in prin.* 22

Quo † certe argumento, idem videtur respondendum, in condemnato ad triremes, qui perpetuis continetur vinculis, licet contradicat Ripa. *de quo supra numero 4.* Qui tamen intelligendus est, in condemnato a iudice seculari, qui dum criminis reum, vel gladio iugulandum, vel bestiis tradendum decernit, vel in metallum ablegat, condemnatum efficit seruum pœnæ, non si alio vtatur supplicij genere, vt Vlpianus *in leg. Si quis 25. §. 1. in fine, Digest. de acquirend. heredit.* docet his verbis, *si quis plane* (inquit) *seruus fu-* 23

erit pœna effectus, vel in metallum damnatus, ad gladium, vel ad bestias, pro non scripto hic habetur. Quibus verbis Iurisconsultus, tres illos modos, seu species condemnationis describit, qoas passi, serui pœnæ efficiuntur: concordat Cnius *in l. Eius 8. ad fin. ff. de test.* de quis infra *n. 24.* Paolus *in l. Qui vltimo. 29. ff de pœnis*, harum trium specierum duas posuit, oempe mortis, & ad bestias, tertiam vero posuit Marcellus *in l. In seruorum 10. §. qui ex causa in metallum ff. de pœnis:* hæc enim capitalis pœoa est, & inter capitales conoumeratur, quia morti proxima est, vt Calistratus ait *in l. capitalium 28. in priu. eod. titul.* Quapropter libertatem adimit, vt Vlpiaoo placuit *in l. Aut damnum 8. versi. est pœna. ff. eodem.* ibi, *est pœna qua adimit libertatem huiusmodi. vt puta, si quis in metallum, vel opus metalli, damnetur.* Hęc circumspiciens gloss. *d. l. Si quis mihi 25. §. 1. verbo, damnatus. ff de acqui. heredi.* adnotauit, nullam aliam pœnam efficere condemnatum seruum, & consequenter solam mortem gladii, non alterius ferri sufficere, citat gl. tex. *in l. Aut damnum. 8. illo tit ff. de pœnis, versi.* r. cuius hæc sunt verba, *vita adimitur, vt puta si damnetur aliquis, vt gladio in eum animaduertatur. sed animaduerti gladio oportet, non securi, vel telo, vel fustibus, vel laqueo, vel aliquo alio modo*, verba sunt Calistrati, quibus clarius eaponitur Vlpiani responsum, *in d. l. 25. §. 1. ff. de acqu. heredi.* & Pauli *d. l. Qui vltimo 29. ff. de pœnis*, quateous de morte gladii meminerunt, quæ reddit coodemnatum seruom pœnæ, vt nulla alia, eam seruiturem operetur, commendat Ang. ibi, & Alex. *n. 1 post Imol. Paul. & Areti Ias post n 9.* & Marantam *in l. Is potest. ff. de acqui heredi post n. 105.* resoluentes proinde condemnationem ad mortem mallei, quo solẽt boues occidi, vel etiam ad mortem sagittæ, securis, aut proiectus a turri, seu domus fenestra, seruum pœnæ, condemnatum non reddere, & consequenter ab ea, aliquo modo euadentem, iogeouum manere, qualis antea erat, moueotur omnes ex Calistrati responso *d. l. Aut damnum*, per quam notabiliter Bal. *in l. 1. C. qui ad liber. perue. non poss.* ait, oon posse iudices, extraneis & inusitatis pœnarum generibus, delinquentes cõdemnare. Quod idem in *l. Incredibile C de pœn.* Bal. voluit. non licet enim pœnas nouas eacogitare, & a iure expressas omittere, *l. Mortis. § 1. ff. de pœnis.*

24 Quo † fit, vt a iudice seculari, imposita perpetui carceris pœna, seruum non faciat condemnatom, quia talem pœnam imponi, iure ciuili interdictũ est, *l. Incredibile, 6. C. de pœnis*, vbi Imperator io hæc verba. *incredibile est, quod allegas, liberum hominem, vt vinculis perpetuis contineretur, esse condemnatũ, hoc enim vix in seruili conditione, procedere potest*, quod & Calistratus docuit obseruandum, *in l Aut damnum 8. §. solent. ff. eod titul. de pœnis*, in hæc verba, *solent etiam præsides, in carcerem continendos, damnare, vt in vinculis cõtineantur, sed id eos facere non oportet nam huiusmodi pœnæ interdicta sunt.* Clarus *lib. 3. sent. §. testamentũ, q. 23.* licet Pao. Fran. & Bertran. dicant communem, in contrarium. Quo circa, quia hoiusmodi pœna coerceri facioorolos homines, non licet, si forte ea coerceantur, pœnæ serui non fiunt, vt notabiliter voluit Ang. *d. l. Si quis mihi bona §. 1. ff. de acq. heredi. vbi Imola & Alex. n. 2 probant, & Maranta in l. Is potest ff de acq. hered. n. 106. Iuli. Clarus lib. 3. sen. §. testamentum q 21. ad finem vers. sed pone*, firmans communem. Nam cum per supra scripta, hæc pœna damnatum, non efficiat seruum, coosequeos est, testari, eum posse, & cætera omnia quæ iuris ciuilis sunt exercere. *l. Eius qui 8. ff. de testam.* ibi, *hi vero qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnantur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur, vnde apparet amittere eos testamenti factionem.* Quod notabile est ad hoc propositum Caij responsum, quo docemur, præscriptas tres pœnarum species tantom efficere seruum pœoæ, cæteras vero, minime. Sed contrarium *in d. l. Si quis mihi bona. §. 1 ff. de acq. heredi.* teouere Rapha. & Roma. atque Iaso. *num. 10.* intelligentes, quamcunque pœnam mortis efficere condemnatum, seruum pœnæ, siue gladio, sagitta, laqueo, siue quouis alio modo, aut ferro illa contingat, opinantes oon obstare text. *d. l aut damnum 9. solent. ff. de pœnis*, quia solum probat coodemoatum ad pœnam gladij, aliam pati non posse, quia senteotiæ tenor est omoino obseruandus, & secundum illum executio necessario facienda est, quia stricti iuris est, *l. 1. Cod si plures vna sententia.* qui sensus profecto literæ amicus est, maxime, quoniam non negat ille text. aliam pœnam mortis infligere, quemuis præsidem posse, oisi se ad gladii pœnam restringat. Quod, & I. C. plaoe sigoificare mihi visus est, *in d. l. 8 ff. de testamen.* quatenus simpliciter de damnato ad mortis pœnam, per ferrum meminit, in genere, quam posse eaecutioni mandari, in qualibet specie, indobitati iuris est: quia geous in se omnes continet species, & propterea qui ad ferri mortem, cõdemnauit, non magis gladii, quam securis, teli, quam alterius acerbæ mortis, speciem respexit: ac proinde qoçuis earum, infligi recte potest. Ex quibus proculdubio, quocunque modo, homo morti condemnetur, seruus efficitur pœnæ, quo nos iure vtimur, licet cootradicat Alex. sopra citatus, Ang. seorentiam probans. Vbi vero ad pœnam carceris, aliquis a iudice seculari damnatus fuerit, seruus pœnæ noo erit, quia ea pœna carceris, a iure ciuili interdicta reperitur, *d. l. Incredibile, C. de pœnis, cum supra scriptis.* Quapropter, quæ supra de cõdemnato ad carceres adnotauimus, sane restringenda sunt ad forum Canonicum, in quo huiusmodi pœna percussi, siue laici, non aliter, pro crimine hæreseos, *Roma. sing. 703. habetur in c. fin. § 1. de hereti. Guliel. in c. Raynutius, verbo, mortuo, in 1 nu. 129. cum seq.* siue etiam clerici sint, serui pœnæ efficiuntur, & consequenter pro mortuis habeotur, oec amplius nominare quempiam ad emphyteusim, possunt, ea his, quæ supra scripta sunt.

Hoc † tamen intelligendum est, nisi a tali con 25
demnatione, seruitutis pœnam infligente reus criminis appellauerit, quoniam appellatione pẽdeote decedens, testabilis erit, & ab eo facta nominatio valebit, vt est text. notabilis *in l. Qui a latronibus 13. §. fin. ff. de test.* vbi Martianos ita respondit: *si quis capitali crimine damnatus, appellauerit, & medio tempore, pendente appellatione, fecerit testamentum, & ita decesserit, valet eius testamentum.* Et merito quidem, si consideras, quod appellationis principalis effectus est extinguere pronunciatum, *vt habetur in l. 1. §. fi. ff ad S. C. Turp.* vbi Marcellus Iureconsul. in hæc verba, *quia prouocationis remedio condẽnationis extinguitur pronunciatum.* Quod etiam Vlpianus satis insinuat *in l. 2. §. fin. ff. de pœnis*, ibi, *eum accipimus damnatum, qui non prouocauit, ceterum, si prouocauit,*

nondum

nondum damnatus videtur. Concordat Vlpianus *in l. Si quis 6. §. In autem omnes ff. de iniusto rupto, irrit. quæ fact. testam.* ibi. *Hi autem omnes, quorum testamenta irrita, damnatione fieri diximus, si prouocauerint, capite non minuuntur*, habetur *in l. Furti. ff. de his qui no. infa.* concordantia iura, tradit gloss. *d. l. 1. §. fin. ff. ad Turpillia. Canonistæ in c. veniens de iure iuran. & in Rub. de appella. vbi post Panor. Felinus, & Decius, probat hoc l. 15. tit. 1. Par. 6. & Azo. in summa, qui testa. fa. poss. nu. 6. Blancus in sua praxi crimi. addita ad Foleri. pagin. 825. a nu. 106.* vbi idem *n. 108.* si est infra decem dies datos appellandum, tradit Ias. *in l. 1. num. 14. ff. de re iudica.* qui licet dubitent, intelligentes appellationem, magis suspendere, quam extinguere pronnnciatum, ex verbis *d. c. veniens, & l. Si causa. 32. C. de transactio. & l. fin. ad fin. C. de fide instru. rursus, & in l. fi. C. de senten. resci. non posse*, quoad propositum nostrum, nihil refert, extinguatur, an suspendatur pronunciatum, siquidem in vtrumque euentum, effectus cessat sententiæ, vti omnes indifferenter probant, concedentes, quod respectu præsentis status, appellationis virtus, extinguit, adeo sententiam, vt pro non lata habeatur, licet respectu futuri, si deserta fuerit, aut a superiore confirmata, videatur suspensa, vt explicant Bald. *in Rubr. C. de appella n. 2. Alexan. d. l. 1. ff. de re iudi. n. 2. & cons. 36. n. 6. lib. 4. Felin. in cap. Pastoralis. § præterea post princ. de offic. delega. Decius in Rub. de appella. n. 6 Corra in l. 4. §. 2. de seruit. n 5. pag. 182. Conar. in lib. qq. Pra. c. 23. n. 1. Rimmaldus in §. 1. inst. de donatio. num. 286.* vbi inquit, quod si confirmetur sententia in causa appellationis, dicatur appellationem suspendisse, sin autem infirmetur, dicatur extinxisse, *vt not. omnes in l. Tale pactum §. qui prouocauit ff. de pactis, Imola in Rubric. ff. de appella.* Et vltra prædictos auctores, idem tradit Cassadorus *super regula Chancella. de annali decision. 12. incip. Obtinuit, n. 4.* Nec appellatio tantum rescindit iudicatum, sed restituit in eo statu, vt possint omnia fieri, quæ poterant, post litem contestatam, & consequenter, peremptorie opponi, non ante, *vt in l. ita demum Cod. de procurato. vbi Bartol. & Abb. in c. 1. de except. col. 2 & in cap. Pastoralis, eod. tit ad fin. tradit decisio. Pedemontan. 5 numer. 1. ad fin.* Licet autem communis concordia habeat, inspecto præsenti statu, sententiam extingui per appellationem, sed inspecto futuro euentu, quia potest confirmari, dici suspendi, ex auctoribus supra relatis, ego tamen adnecto etiam inspecto futuro euentu sententiam extingui, licet enim confirmetur iudicatum, tamen prima sententia non conualescit, sed secunda est, quæ effectum producit *l. Furti 65. ff. de his qui not. inf.* ac proinde actio non datur, ex prima sententia confirmata, sed ex secunda, *gloss. ibi, verbo, hodie gloss. pen. in l. Chirographis. § fin. ff. de admi. tutor. gloss. in l. Si quis priore 29. verbo, sed teneri. ff. ad Trebell. gloss. in l. Eos 6. verbo, vel iniustam, ad finem Cod. de appella.* communis secundum Alexandr. *in l. 1. numer. 5. ff. de re iudica. & consil. 121 in fin lib. 5.* & secundus iudex est, qui sententiam exequitur *authentic. si quis litigantium Codic. de episcop. aud. l. Præcipimus 32. §. in iis, Cod. de appellation.* Dicitur ergo eo tantum respectu, sententia suspendi, quia appellans potest non prosequi appellationem, tempore statuto, quo casu fingitur, nunquam appellasse, *l. fin. §. illud enim, Cod. de temporibus appellation.* & consequenter, prima sententia transit in rem iudicatam, *dict. leg. Furti, Clementi. si appellationem, de appellat.* & ex ea tunc agitur, & iudex, primam sententiam exequitur, vt tradunt prædict. Doctor. Quæ notabilia sunt ad Ordinationem *libr 3. titul. 54. §. E se o appellante.* Ex quibus, infero elegantem intellectum ad text. *in l. Chirographis §. fin. ff. de admin. tutorum*, vbi pendente appellatione, per reum, a primo iudice cōdemnatum, in bonorum amissione, interposita, alienatio facta, officio iudicis rescinditur, & in pristinum statum reponitur, & bona ab emptore auferuntur fisco, quoniam reus prioris iudicis sententiæ, erat obnoxius. Quare videbatur permittendam fore alienationem pendente appellatione, nec rescindi posse, quia per appellationem sententia fuerat extincta, nam prouocationis remedio, extinguitur pronunciatio, *vt supra.* Resolutio tamen fit, ibi fuisse, fundum ablatum a pupillo emptore, quoniam alienatio, pendente appellatione fuerat facta, & ideo reuocatur, iuxta regulam. *l. Vni. ff. nihil noua. appellatione pendente*, & ea quæ late tradit vir doctissimus Petrus de Duennas, *regula 42. incip. appellatione pendente, & Rebuffus 3. tomo ad leges Galliæ, titul de appellatio articul. 16. Gloss. 1. numer. 4. Maranta de ordine iudicio. 6. Par. fol. 588. numer. 162. Ordinatio lib. 3. titul. 58. in princip.* Vnde arbitror in casu illius text. *in d. l. Chirographis. §. fin.* ideo ibi fuisse rescissam alienationem, quoniam pendente appellationis controuersia, nihil poterat innouari, nec attentari in præiudicium prioris sententiæ.

Attentare autem is dicitur, seu innouare, quando non relinquit rem controuersam, in eodem statu, in quo erat tempore appellationis, vel prioris sententiæ. *l. Appellatione C. de appella. c. significantibus eod.* Vnde interim attentata, seu innouata retractantur. *c. non solum, de appell. in 6.* vbi, non solum innouata, post appellationē, a diffinitiua retractantur, sed etiam ea omnia, quæ medio tempore inter sententiam, & appellationem innouata sunt. quod tradit Alex. *consilio 99. visis, vol. 5. Decius consil. 200. in casu.* Attentata vero post appellationem ab interlocutoria, non reuocantur, nisi ea, quæ facta sunt post inhibitionem. *cap. non solum. in fine, de appell. Rebuffus vbi supra, numer. 4* Ratio autem huius reuocationis est, quia attentans aliquid post appellationem, videtur iniuriam facere iudici, ad quem, & illud facere in eius contemptum, ideo æquum est, vt illud rescindatur. *Dominic. in cap. non solum. de appellat.* & hæc reuocatio, seu rescissio attentatorum potest peti vsque ad conclusionem, in causa, *Rota decision. 57. attentata innou.* Vnde sicut, neque iudex, ita neque pars, pendente appellatione, poterit innouare, *cap. dilecte, de excepti.* Vbi Hostien. & alii dicunt innouata a parte, reuocanda ex solo iudicis officio, etiam sine libello, & ille titulus, nihil nouari appellatione penden. intelligitur, tam in iudice, quam in parte, *vt tradit Rebuffus 3. tomo ad leges Galliæ titul. de appellat gloss. 1 num. 10.* Imo si appellans aliquid attentet, eo ipso reddit se indignum beneficio appellationis, & iudex a quo procedere poterit, ac si appellatum non esset. *caput. an sit deferendum de appellatio. Ioannes Monachus in capite, Cupientes, numero 139. de electio. in 6. Decius consilio 103 in causa, columna secunda* quæ notabilia sunt, ad fa-

ciliorem intellectum *d. l. Chirographis. §. fin. supra dicta.* qua etiam ratione videtur inniti. gloss. ibi, penult. quatenus allegat *l. 1. C. nihil nouari appellat. penden.* & tradunt Bartol. Alberi. ibi, *d. §. fin. gloss. in l. furti. verbo, hodie. & ibi Angelus, num. 2 ff. de his, qui nota. infam. Barto. in l. post contractum, nu. 15 ff. de donationib.* Obstat tamen, quoniam *in d. §. fin.* principaliter agebatur, de delicto puniendo. Vnde bona non efficiuntur litigiosa, & sic pendente lite alienari possunt, *Bartolus receptus in d. l. Post contractum, nu. 14.* quod, & in *d. §. fin.* admittendum videbatur, cum sententia per appellationem fuerit extincta, vt superius comprobauimus. Item ille text. præsupponit precium amitti. *vt ibi notant Bartol. nume. 4. & Cuman. numer. 2.* Quod non posset procedere, si ibi ageretur de alienatione rei litigiosæ. Et enim illo iure digestorum, qui emebat rem litigiosam, non amittebat precium. *l. 2. iuncta gloss. 1. ff. de litigios. & ibi Bartol. numer. 3. idem Bartol. in l. 1. numer. 12. ff. de iure fisci.* Vnde probabilior mihi videtur intellectus Cumani, ibi, qui etiam fuit Fulgosii, *in d. l. Furti. nume. 2. & Imola, in d. l. Post contractum, in fi.* quod ideo ibi reuocatur alienatio, quia præsumitur facta in fraudem fisci, cum iam lata sententia condemnatoria, facta fuerit. *argument. l. Qui pœnæ. 8. ff. de manumiss.* Quibus addo, etiam in hoc casu, ex parte emptoris fraudem præsumi, alias enim alienatio facta titulo oneroso, non posset reuocari, etiam si in fraudem fieret. *lex penult. Cod. de reuoca. iis quæ in fraud. cred. notat gloss 2. in §. item si quis in fraudem insti. de actio. Bartol. d. l. post contractum numer. 3. Decius consil. 235 numer. 4.* & hac de causa, tex. præsupponit precium amitti. Quando enim emptor fraudem participat, perdit precium, nisi illud inueniatur in bonis venditoris. *l. Si debitor 7. & l. seq. ff. quæ in fraud. cred.* Data vero emptoris ignorantia, iniusta esset sententia, quæ reuocaret alienationem, & induceret amissionem precij *l. fin. Cod. de litigios.* Vnde sic intelligenda sunt verba Iureconsulti Scæuolæ. ibi, *Si scientes emerint, tutela iudicio eos teneri* quæ satis innuunt excusari tutores, qui ignorabant.

26 Vt † igitur ad institutum reuertamur, in proposito vera traditio est, reum criminis, a condemnatione appellantem, euitare seruitutis pœnam, & consequenter, interim appellatione pendente, decedentem, ingenuum hominem, prout antea, fore, & esse censendum, vt in specie *adnotauit Maranta in l. Is potest. ff. de acq. hæredi. num. 103.*

Limitans in casibus criminalibus, in quibus reus non auditur appellans, quemadmodum cōtingit in crimine læsæ maiestatis, & repetundarum *l. Ex iudiciorum. ff. de accusa.* vel si quis criminis conscius, sibi mortem consciuerit, *l. Si quis. 6. §. eius qui, de iniusto rupto, tradit glo. in d. l. Qui a latronibus 13. §. fi. ff. de test. verbo, valet, & d. l. 6. §. quod si quis, de iniusto rupto, verbo, alia causa, & Bar. in d. l. 6. §. hi autem omnes,* & ante eum hæc fuit sententia gloss. notabil. *in l. qui vltimo, ff. de pœnis. & Alexand. ad Bartol. d. l. Eius qui §. si cui. ff. de testamen.* sic intelligentis, *d. l. qui vltimo,* nisi a sententia sit prouocatum, quia extinguitur pronunciatum. *vt in d. locis habetur,* & nominatim explicat Bal. *lib. 1 consil. 182. col. 1. & 2.*

Prædictis addo, hoc idem obseruari in beneficiario, qui beneficio ob crimen ipso iure priuatus est, aduersus quem lata sententia, non impedit beneficii resignationem, si rite ab ea, suo loco, & tempore fuit prouocatum, *vt tradunt Boer. q. 206. a nu. 11. Socin. in l. 3. § si seruus. ff. de acqu posse. n. 7. cum seq. Rebu. de pacifi. n. 262. & in praxi pag. 472. n. 52. Corra. de sacerdo. 3. par. c. 6. nu. 15.* quod ad bona confiscanda, trahit Picus *in l. Post contractum. ff. de dona. nu. 85. vbi Roger. n. 55.* Quare non est mirum si per appellationem extinguatur, in casu nostro latæ sententiæ effectus, & consequenter seruitutis incursus. Quamobrem si interim condemnatus moriatur, vtique ingenuus censendus erit, *per supradicta.*

Sed † fingamus, post latam sententiam, condemnatum mortem obiisse, infra decem dies, 27
quos habet ad appellandum, de quibus *l. Reg. libr. 3. tit. 54. in princ. ibi, At ee dez dias primeiros seguintes, contados, daquella hora é que a sentença for dada. em diante.* habetur *in auth hodie. C. de appell. & c. quoad consultationem, de re iudi. & c. concertationi, eod. tit. in 6. tradunt ibi DD. & Anto. Marcus, de tempor. c. 3. col 2.* erit ne seruus pœnæ? videtur quod sic: si quidem condemnatus iam decessit, idq; iuris nouissimi est, sententiam latam, ipso iure, seruitutem irrogare, *secundum Bal. in l. 1. q. fin. C. de summa Trini. & in l. si quis filio exhæredato. § irritum ff. de iniusto rupto, & ibi Ang. Cuma. & Imol. Bal consil. 382. n 3. lib. 1.* Resoluens pro iude liberatum a carcere, & ab eo fugientem, post latam sententiam, minime euitare hanc seruitutem, quæ illum comitatur, quocunque vadat, *vt tradit Bar. in l. qui vltimo ff. de pœnis, Gulielm. in c. Raynutius, verbo, mortuo, in 1. numer. 121. ita Iulius Clarus lib. 3. sen. §. testam. q. 21. col. 2. versic. sed quid si reus* dummodo tamen delictum, de iure communi sit capitale. Quo argumento, in carcere mortuus eodem iure vti debet, & pœnæ seruus reputari, siquidem antequam appellaret decessit: quia omnia, morte dicuntur finita, & extincta. Nihilominus tamen cautus hæres antequam decem labantur dies, ad prouocandum constituti appellare curet, si cupit hanc seruitutis pœnam, & capitis diminutionem vitare, ex singulari doctrina Bal. *in l. 1. col. 4 ad finem. C. ex delictis defunctorum. & ibi Alex. in addi.* qui citat eundem Bal. *in l. 3. col. pen. C. si penden. appella. mors inter. sequitur Maranta in l. Is potest. ff. de acq. hæredi. n. 104.* qui resoluunt mortuo reo condemnato infra decem dies datos ad appellandum, posse pro suo interesse hæredem appellare, & appellationem coram superiore prosequi, & rei innocentiam tractare, dummodo tamen suo prouocet nomine, non defuncti, *vt per Bal. d col pen. & Maran. d. n. 104.*

Quod † ampliandum est, & intelligendum 28
procedere, etiam in sententia notorie iniusta, per quam reus condemnatus, non efficitur seruus pœnæ, *vt post Bal. in d. l. 3. col. pen. versic. & hoc est vtile. C. si penden. appella. adnotauit Maran. in d. l. is potest ff. de acq. hæredi n. 105. idem Bal. lib. 1 consil. 382. & in l. 1. col. 3. in prin. C. de sacrosa. eccle.* Nec hoc mirum, quia sententia notorie iniusta, non est sententia, nec executioni mandari debet, imo exequenti resisti de facto potest, *Puteus de Syndi. fol. 120. Cassan. in consu. Burg. Rub. 1. §. 7. verbo. de simple. num. 5. cum seq. & num. 24. Barba. lib. 2. consil. 24. col. 3. & consil. 1. num. 3. eod. lib. & consil. 10. col pen. Feli in c. Si quando. de offi. deleg. num. 2. ad fin. Sebasti. Vantius, de nullita. processus, pag. 328. nu. 127. Parisi. consil. 45. n. 92. lib. 1. & lib. 4. consil. 108. nu. 9. cum seq. Curt. seni. consil. 59. n. 10.*

Quod

29 Quod † idem obtinet in senrẽtia ab incompetente iudice lata, quæ similiter sententia non est, nec per eam condemnatus seruus pœnæ efficitur, *Bar. in l. Rei capitalis. §. eum, & in l. qui vltimo. ff. de pœnis. Maranta, d. l. is potest n. 112. ff. de acqui. heredi.* Communem probans *n. 116.* si sit condemnatus ad mẽbri mutilationem. quod etiam tenet gloss. verbo, *a muerte, in l. 4. Tauri.*

30 Sed † *an hodie, ista sint admittenda?* Quæstio est, cuius causam dedit Imperialis decisio *in auth. sed hodie, Cod. de dona. inter vir. & vxor.* in hæc verba, *Sed hodie, nemo bene natus a principio, ex supplicio, fit seruus, & ideo matrimoniũ non dissoluitur.* Secundum quam dispositionem, hæc seruitus pœnæ cessat, in homine liberæ conditionis, quos seruos pœnæ fieri, incongruum Imperatori visum est: restringenti proinde eam seruitutis pœnam, ad eos homines, qui in seruitute nati sunt. Quocirca correcta videntur, iam hodie esse omnia supra scripta, & precitata iura, quatenus ad homines liberæ conditionis pertinet, quod catholico Regi Castellę placuisse, plane docet *l. 4. Tauri,* cuius hæc sunt verba, *mandamos, que el condenado por delicto, a muerte, ciuil o natural, pueda hazer testamento, & codicillos, & otra qualquier vltima voluntad. como que no fuesse condenado, & pueda disponer de sus bienes, saluo de los, que por el delicto fueren confiscados.* Salubriter sane Rex inclytus statuit, ad mortem condemnatum seruum pœnæ, non fieri, cum illi concedat actiuam testamenti factionem, qua de iure communi, sine dubio carebat, *vt habetur in l. Qui a latronibus §. si quis in capitali, & l. si quis filio exhæredato. § sed & si quis. ff. de testamen.* vbi probatur, huiusmodi capitali pœna damnatos, intestabiles fieri, & consequenter testari ad instar, seruorum non posse, imo & prius facta testamenta irrita, & inania esse, adeo vt illis non prosit, quod a manibus familiæ, sint violenter erepti, vel aliter a carceribus fugerint, producit enim lata sententia, statim seruitutis effectum, & notam, quæ condemnatum sequitur, quocunque vadat, vt habetur *in l. Qui vltimo, ff. de pœnis, tradit gloss. 1. d. l. 4. Tauri.* Quo circa, vt gloss. Gome. & alii Hispani interpretes super *dicta. leg. 4. Tauri.* intelligunt, lex illa, Iustiniani sanctionem probat, de qua *in d. Auth. sed hodie, Codic. de dona. inter vir. & vxor.*

31 Quod † sane nostra l. Reg. *lib. 5. tit. 94.* minime fecisse videtur, quatenus condemnatis ad mortem, potestatem testandi negat, & seruos pœnæ appellat ibi, *achamos que, segundo dereito, qualquer pessoa, que por sentença for condenada a morte, nom pode fazer testamento, & se o fizer nom valeraa cousa alguna, & posto que em qualquer tempo antes tenha feito testamento, tanto que for condenado, logo o tal testamento, perde toda sua virtude, assi como se nunca fosse feito, porque a condenaçano, o faz seruo da pena, em que he condenado,* idest, *Iure sancitum reperimus, per sententiam ad mortem damnatum, testamentum condere non posse, & si illud fecerit, nullius esse momenti. Et quamuis antea factum valuerit, simulac damnatus est, statim testamentum omne robur amittere, perinde ac si nunquam factum fuisset. Quoniam condemnatio reum damnatum efficit seruum pœnæ.* Quæ Ordinatio plane docet nos, diuerso iure vti, sed contrarium tenendum est. Ad cuius difficultatis resolutionem, in primis aduerto text. *in d. Auth. sed hodie, Cod. de dona. inter virum & vxorem,* solum loqui, & procedere, in damnatis in metallum, opusque publicum, ad triremes, aut carcerem perpetuum, seu quamuis aliam similem pœnam, per quam condemnatus, vita non priuatur, quo tantum casu Iustinianus a Iureconsultorum rigore recessit, inferens proinde inter hos, minime dissolui matrimonium, ante celebratum, quo circa, extendi ea Iustiniani decisio, ad condemnatum, capitali, & acerba sanguinis pœna, non potest, ex regula l. *Præcipimus, Cod. de appellat.* quod ita in specie adnotauit gloss. communiter recepta, maxime a Salic. d. Auth. *sed hodie, Bart. in l. Si quis filio. §. irritum. ff. de iniusto rup. & in l. Eius qui. §. 1. ff. de testam. DD. in l. Si quis mihi bona. § 1. & ibi Ias. numer. 11. ff. de acqui. hered. Gome. d. l. 4. Tauri. ante num. 3. & Maranta d. l. Is potest ff. de acq. heredi. nu. 107. Couarru. in Rub. de testã. par. vlti. numer. 27. fol. 242. Decius, Cagno. Igneus, & alii quorum meminit Mencha. lib. de successionum progressu. § 1. numer. 152.* secundum quam traditionem, vtique lex nostra Regia *d. tit. 94.* negans ad mortem condemnatis libertatem, ac testamenti factionem, vtique communem scribentium sententiam probauit, iuxta superiorem interpretationem. Aduerto tamen in hoc oppositum videri prima facie *d. l. 4. Tauri,* statuisse, quatenus etiam ad mortem naturalem damnatis, concedit testandi potestatem, *vt ibi adnotauit gloss. 1. Gome. numer. 3. Arias Cifontanus, & Tellius, & Palatius, & Couarru. in Rub. de testam. par. vlti. num. 27. atque Menchaca, de successio. progressu § 1. numer. 159.* nisi illam intelligas, & restringas ad homines liberæ conditionis, vt minus recedat a dispositione iuris communis. Sed non placet visis *d. l. verbis,* quæ vix cauillari possunt. Quod etiam consuetudine introduci potest, *secundum Imolam in c. quia ingredientibus, nume. 30. in fine de testam. Nattam cons. 177. nu. 4. Iuli. Clar. lib. 3. senten. §. testamentum, col. 1. versi. bene verum, & Grego. Lopez in l. 15. tit. 1. Par. 7. verbo, no puede,* vbi etiam aduertit eam legem primam, quatenus condemnatis ad mortem, negat testamenti factionem, correctam esse per *d. l. 4. Tauri.*

Ego † his facile accedere, non possum, cum a- 32
nimaduerto, de iure communi, his condemnatis ad mortem ciuilem, vel naturalem, duplici ratione negari testamenti factionem, tum quia eorum bona confiscabantur, tum etiam quia serui pœnæ efficiebantur, vt nominatim docet Caius *in l. Eius qui 8. in fine. ff. de testam.* in hæc verba, *Hi vero, qui ad ferrum, aut ad bestias, aut in metallum damnãtur, libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur: vnde apparet, amittere eos testamenti factionem.* Ex quo respõso colligitur, hos damnatos testamenti factione carere, quia libertate per sententiam, & bonis mulctantur, sine quibus, frustra testari conabuntur, *secundum adnotata in l. Lex Cornelia 28. ff. de vulga.* ibi, *Quia non efficitur per eam, vt is, qui nulla bona in ciuitate reliquit, hæredes habeat:* Quare iuste quidem antiquis patribus visum fuit, his condemnatis negare testamenti factionem, siue hæc, siue illa tantum ratio extet, altera enim sufficit, *ex adnotatis in §. affinitatis, Insti. de nup.* vt notabiliter explicat Bal. *lib. 1. cons. 382. in pri.* docens ad hanc testamenti factionem negandam, sufficere, quod vel condemnatus efficiatur seruus pœnæ, vel quod eius bona publicentur. Qua ratione (inquit) licet hodie nemo ingenuus, seu bene natus seruitutem

incurrat, per *auth. sed hodie C. de dona. inter vir. & vxor. & in corpore, in authen. de nup. §. quod autem. colla.* 4. nihilominus, quia alia ratio publicationis bonorum viget, intestabiles hi rei, condemnati fiunt, *vt ibi per Bal.* ex cuius doctrina, & resolutione vtique plane deducitur, vtraque cessante ratione, quia scilicet, nec condemnatus libertatem amittit, nec bonorum publicationem patitur, testabilis erit, ex regula *l. Adigere. §. quamuis. ff. de iure patron. & ea. cum cessante, de appellat.* Quæ vera, meo quidem iudicio, traditio est, & firmiter tenenda: secundum quem sensum lex 15. *titul. 1. Par. 6.* supra citata intelligens ad mortem damnatos seruitutem incurrere, & bona perdere, intestabiles iudicauit: Azonis sententiæ more solito adhærens *in summa qui testa. fa. poss. versic. Item damnati numer. 6.* Quod etiam nostra l. Reg. *lib. 5. tit. 94.* probare visa est, apertioribus quidem verbis communem sententiam, probans, quæ habet d. auth. *sed hodie*, non procedere in condemnatis ad mortem, qui etiam hodie efficiuntur serui pœnæ. *vt iam supra resoluimus.* Quæ rigida traditio est.

33 Legis † vero 4. Taurinæ conditores, (ni fallor) mentem, & intentionem Iustiniani Imperatoris introspicientes, duritiem & rigorem *d. l. Par.* amouere a Regnis Castellæ cupientes, statuerunt, libere posse quemcunque, ad mortem damnatum, ingenuæ conditionis hominem de suis rebus testari, & ad libitum disponere: plane præsupponentes, eum, seruum pœnæ minime effici, ex verbis Iustinia. *in d. auth. de nup. §. quod autem.* quæ si bene perpendantur vtique indistincte probant, pœnam seruitutis, per antiquiores leges, libero homini impositam, quasi libero homine indignam, a se abrogatam esse: quæ indulgentia vix restringi potest, ad eos condemnatos, qui vltimum statim supplicium, non sunt passuri, quod, me iudice, facile ex verbis Imperatoris *d. §. quod autem, de nuptiis*, deducitur, quæ sic se habent: *Quod autem prius, ex legum seueritate introductum est, nos clementi cessione resoluimus. Si enim ex decreto iudiciali, in metallum aliqui, aut vir, aut mulier dari iussus esset, seruitus quidem erat, & ab antiquis Legislatoribus sancita, & ex supplicio illata: separabatur vero matrimonium, supplicio possidente damnatum, sibique seruiente. Nos hoc curauimus, & nullum ab initio bene natorum, ex supplicio permittimus fieri seruum. Nec enim mutamus nos fortunam liberam, in seruilem statum, qui etiam dudum seruientium manumissores esse festinauimus. Maneat igitur matrimonium vt pote inter personas liberas, consistens.* Hæc verba, si recte consideras, generalia sunt, in genere probantia, ingenuitatis iura hominibus bene natis, conseruanda esse, ne quomodo supplicio amissa dicantur, quod contra veterum legum rigorem, se indulgere Imperator ait, quia præ cæteris studio semper habuit, seruitutem extinguere & a liberis hominibus amouere, vt constat ex *§. fi. inst. de liber. & in tit. C. de lati. liber. tollen. §. hinc, in auth. de mona. & alibi sæpe.* Quod ita profecto in specie intellexit, gloss. *verbo, seruus, in l. si quis filio 6. §. irritum ff. de iniusto rupto.* quam sequitur Bal. *lib. 1. consil. 381.* intelligens hodie neminem bene natum, seruitutem incurrere. Concordat gloss. verbo, perdunt, *in l. Eius qui 6. §. fin. ff. de testam. & in l. qui vltimo 29. verb. ad bestias ff. de pœnis* similis verbo, deducto, *in l. Res vxoris Cod. de don. inter vir. & vxor.* quas verum respondisse contra gloss. ibi, contendit defendere. Salic. *in d. authen. sed hodie Cod. de dona. inter vir. & vxor, numer. 2.* & videtur agnouisse Mencha. *lib. de success. progre. §. 1. num. 152.* plures referens, qui simpliciter resoluit hodie nullum ingenuum effici seruum pœnæ.

Neque mouere † Dinum. Bar. & communiter DD. potuit gloss. ratio *d. auth. sed hodie*, existimantis Imperatorem in illa auth. sermonem facere, de condemnatis in metallum, & sic de his, qui morituri non erant, ac proinde ad alios extendi illam sanctionem non posse, ex regula *l. Præcipimus. Cod. de appella.* quod minime vrget, si considerăs, id factum fuisse illatiue, nam postquam libertatis fauore Imperator statuit, regulam generalem, quod nemo bene natus, efficitur seruus pœnę infert subsequenter, per damnationem in metallum minime dissolui matrimonium, quia in libertate damnati coniuges manent, qua propter nulla iuris ratio permittit, ex eo casu deciso per illationem, posse restringi regulam, *vt d. loco Salic. contendit.* Cui addo, seruitutem in homine, vitium esse contra naturam *l. Manumissiones 4. ff. de iust. & iure. §. seruitus, instit. de iure personarum* ibi, *qua quis dominio alieno, contra naturam subiicitur.* & vtrobique DD. & Nauar. *in c. ita quorundam, de Iudeis, in gloss. pen pag. 194. Sotus lib. 4. de iust. & iure q. 2. Couarr. in c. peccatum, de regu. iur. pag. 265. Exea de pact. numer. 261. Instit.* Itaque noua illa constitutio, per quam homines in pristinum naturæ statum restituuntur, quamuis correctoria iuris positiui sit, fauorabilis est, & amplianda, quia res de facili ad suam naturam reuertitur. *l. Si vnus §. pactus ne peteret*, vbi Iason. *num. 11. ff de pactis.* ita in specie *gloss. verbo, numerandum, in cap. 3. de preb. in 6. Decius in c. pastoralis, de excep. numer. 5. Pala. in rub. §. 9. Probus in c. cum de beneficio. numer. 6. de preb. in 6. Corra. in l. Seruitutes num. 45. ff de serui pag. 314. Thomas Gramma. q. 92. num. 15. Molina. lib 3. Maio. c. 4. n. 28.* Ex quibus proculdubio, contra communem verius est, per d. Auth. *sed hodie, C. de dona. inter vir. & vxorem*, correcta esse anteriora iura probantia damnatum ad mortem, ingenuum hominē, effici seruum pœnæ, & consequenter intestabilem, quem rigorem & legum, asperitatem, Iustini. emendare placuit, in pristino naturæ statu, in quo omnes nascebantur liberi, homines conseruans. Hoc verius esse intellexit, l. illa Tauri 4. animaduertens intestabilē nihilominus esse ad mortem damnatū, propter bonorum publicationem, quam incurrebat omnis pœna capitali percussus, *vt d. l. Eius qui 8. in fine. ff. de testa. probatur*, & explicat Bald. *d. lib. 1. cons. 382. in prin.* vbi non simpliciter huic condemnato ad mortem, testandi facultatem concessit, sed ita demum, quando eius bona non publicantur, vel aliqua habet, quæ publicatione non continentur, de quibus tātum disponendi licentiam concessit, vt ex verbis *d. l. 4.* plane constat. ibi, *Saluo de los que por el delicto fueren confiscados.* secundum quem sensum l. illa, negat testamenti factionem, committenti crimen læsæ maiestatis, cuius bona tātum hodie publicantur, ex noua Iustiniani constitutione, de qua in auth. *bona damnatorum. Codic. de bonis proscriptorum*, vbi anteriores leges, condemnatorum bona publicantes, correctæ, & emendatæ reperiuntur, exceptis his, quæ læsæ maiestatis reos, nudos 34

dos esse voluere: vt in d. auth. plane probatur, & ibi notant DD. communiter. & Cagno. *in l. Ea sola nu. 7. ff. de regu. iur. Maranta in l. Is potest. ff. de acq. hæredi. num. 107. cum seq.* tradit gloss. verbo, *sus bienes, d. l. 4. Tauri,* & ibi omnes alij interpretes. Negat etiam in alijs casibus, quos cumulauit gloss. ibi, *d. verbo Sus bienes.* Permittit tandem liberam testandi facultatem quoties reus ad mortem condemnatus bona retinet, vt *ibi per gloss. & DD.* idque plane ex verbis *d. l. 4.* deducitur, & iam prius per argumentum a contrario sensu idem statutum erat, *in l. 5. titul. Delas mandas, libr. 3. foro. Il. vt in d. l. 4. numer. 16. (post Soarez in l. Quoniam, in prioribus ampli 10.)* admonuit Tellus, & Molina, *lib. 2. Maio. ca. 10. numer. 69. vers. vlterius.* Ex quibus in Regnis Castellæ omnis cessat hæsitandi occasio, siquidem per suprascripta, ad mortem etiam naturalem damnatus seruitutem non incurrit, *per d. l. 4. Tauri:* Quocirca nominare ad emphyteusim, si quam habet, potest, quia cessant omnia a nobis supra adducta in prin.

35 Quæ † tamen minime cessant in his Regnis Portugalliæ, in quibus l. Regia, *lib. 5. titul. 94.* Dyni. ac Bar. prout solet, sententiam, probans, statuit ad mortis pœnam damnatum, illius seruum fieri, vt ex eius verbis *supra nu. 31.* relatis palam constat, qua ratione in his regnis tex. huius l. Regiæ, *in hoc princ. tit. 62.* in condemnato ad mortem procedere non potest, siquidem per eam *l. titul. 94.* testatus decedere non potest. Imo si quod prius, & ante condemnationem, testamētum fecit, irritum est, & inane, secundum quod d. l. Regia cauetur, ibi, *E posto que em qualquer tempo antes da dita condemnacano, tenha feito testamento, tanto que for condenado, logo tal testamento perde toda sua virtude, & he por dereito de nenhum vigor, assi como se nunca fosse feito, porque a condennacano o faz seruo da pœna, &c.* quæ traditio iuri consonans est, ex his quæ habentur, *in l. si quis filio 6. § irritum. ff. de iniusto rup.* vbi Vlpianus docuit, irritum fieri testamentum, si post illud factum, aliquid testatori contingat, per quod ciuitatem, aut libertatem amittat, vel etiam si capite fuerit damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel ad aliam pœnam, quæ vitam adimit. *tradunt DD. ibi, & Mencha. lib. de success. progressu. § 3.* Quamobrem si in his Regnis contingat, emphyteutam hæredem instituisse, emphyteusim per *d. l. Regiam lib. 4. titul 62. in prin.* ex titulo institutionis obtenturum, palam est, quod si postea ad mortem condemnetur, vtique ille hæres hæreditate, & emphyteusi carebit: siquidem per l. illam Reg. *lib. 5. tit. 94.* testamentum pro non facto habetur, & consequenter hęres pro non scripto: quapropter applicāda ea emphyteusis erit, illi ad quem, intestato decedente emphyteuta, erat peruentura. Quod idem obseruabitur, si forte eodem testamento, ad mortem condēnatus, quempiam alium ad emphyteusim nominauit: irrita est enim, & caduca huiusmodi testamento facta nominatio, *per l. Reg. lib. 4. tit. 63. § 3.* vbi irrito testamento, irritam quoq; manere nominationem, probatur. Imo si antea aliquem nominauit, ea nominatio caduca fit, & inanis, per sententiam redditur, vt notabiliter l. Regia probat, *lib. 5. tit. 3. § 18.* vbi postquam statutum est reum criminis ad emphyteusim nominare, nō posse quempiam, *vt iam supra n. 4. adnotauimus,* hæc subijciūtur verba. *E se antes alguna nomeacano tiueße feita, he anichilada, & auida por nehuma, como se nunca fora.* In quo profecto celebris est, ea lex Regia, quatenus simpliciter probat caducam fieri, nominationem emphyteuticam, ex superueniente condemnatione inducente seruitutem, etiam si facta sit inter viuos, quod ex illius l. generalitate deducitur: aliter si testamento facta nominatio fuisset, proculdubio ex suprascriptis palam est, nominationem irritam fieri, cum & ipsum testamentum irritetur: at inter viuos factam nominationem, infirmari posse, ex superueniente seruitutis impedimento, admirabile esse videtur, si maxime consideras, quod ab eo non capit nominatus, sed a primo concedente, ex regula *l. Vnum ex famil. § 1. ff. de leg. 2.* Quare nulla iuris ratio admittit, posse huiusmodi nominationem factam, ante sententiam infirmari.

Cogitabam, † aliquādo dici posse, eam l. Regiam intelligēdam esse, in eo emphyteuta, qui post commissum delictum, nominauit aliquem ad emphyteusim, quæ quidem nominatio, secuta condemnatione infirmatur, ex regula *l. post contractum 15. ff. de dona.* vbi Martianus, ita scriptum reliquit: *Post contractum capitale crimen donationes factæ valent, ex constitutione Diuorum Veri, & Antonini, nisi condemnatio secuta sit.* Quo casu dicitur, in fraudem fisci donatio facta, & propterea pro non facta, officio iudicis implorato, habetur, vt ibi per DD. tam ordinarios, quam repetentes, *per Barba. lib. 4. cons. 52. col. 4. cum seq. Ferra. lib. super actione reali. verbo veris, & legitimis, a numero 49. Duennas, regula 226.* Ex quibus constat donationem, post delictum factam mero iure, validam esse: quia interim delinquens, bonorum suorum liberam habet administrationem, vt præfati interpretes explicant, maxime Picus *in d. l. post contractum, n. 7. & Roger. nu. 3. per text. in l. Aufertur, 46. § in reatu. ff. de iure fisci. l. Reo 41. ff. de solu.* & fuit sententia gloss. *fin. d. l. Post contractum* communiter recepta. 36

Quod † tamen sane intelligendum est, nisi ex delicto, statim ipso iure, inducatur bonorum publicatio, quia tunc a principio nulla donatio est, vt probatur *in l. Donationes 32. § perfectæ. ff. de dona.* vbi Iurisconsultus in hæc verba, *Perfectæ donationes esse non possunt, post crimen perduellionis contractum, cum hæredes quoque teneat, & si nondum postulatus, de vita decesserit:* & ibi adnotauit gloss. in læsæ maiestatis crimine, hæresis, & similibus, in quibus ipso facto bona confiscantur, minime valere donationes factas, aut alienationes in fisci præiudicium, qui ex legis beneficio iam dominus est, vt post Bar. & alios *in d. l. post contractum,* eleganter explicat Picus *n. 69. Roger. n. 4. cum seq* & tradunt omnes *in l. pen. & fin. C. ad l. Iuli. maiestatis. & in c. cum secundum leges, de hereti. in 6.* qui sint autem, hi casus, in quibus ipso iure incurritur confiscatio bonorum, vide semper gloss. *in l. Ex iudiciorum ff. de accusa.* Ad quę, aliquando intellexi, respexisse l. Regiam Lusitanam, *d. lib. 5. tit. 3. § 18.* quæ in crimine læsæ maiestatis loquitur, & constanter statuit, nominationem ab emphyteuta factam, post commissum delictum, nullius momenti esse, & pro non facta haberi, & proinde emphyteusim, ad dominum directum pertinere. Sed non prorsus hic sensus placet, quia vt prediximus, in crimine læsæ maiestatis, & simi- 37

EE 2

libus, in quibus ipso facto bona publicātur, ideo non valent alienationes, & donationes. quia earum rerum dominium, penes fiscum est, in cuius præiudicium, non licet delinquenti, de eisdem rebus disponere, & in alterius, potestatem transferre, contra regulam *l. Id quod nostrum ff. de regu. iur.* quæ ratio vtique cessat in casu *d. l.* Regiæ *lib. 5. tit. 3. §. 18.* in quo emphyteusis fisco non applicatur, sed magis directo domino, vt ex l. Regia patet, quod fit non propter bonorum publicationem, sed quia sine nominatione, reus criminis, seruus pœnæ factus, vita decessit. Vt late diximus in *tracta. de acquisitio. emphyteutica*, vbi eam l. Regiam, in emphyteusi hæreditaria non procedere, obseruauimus.

38 Quamobrem, † ni fallor, ea l. Reg. *lib. 5. tit. 3. §. 18.* restringēda est, ad nominationem factam post crimen, ab emphyteuta commissum, ita tamen quod reuocari adhoc recte poterat, secundum distinctionem Ordinationis Regiæ *libr. 4. tit. 63.* vbi nos explicabimus, in qua quidem specie cum ratione *d. l.* Regiæ traditio, defendi potest: si consideras, per sententiam capitalem, qua quis, vltimo supplicio addicitur, non minus reuocari, causa mortis factas donationes, ceteraque reuocabilia, quam testamentum prius factum, ex regula *l. Eius qui. ff. de testamen. cum aliis*, quæ etiam in donatione causa mortis, obtinent, vt Vlpianus docuit *in l. Si aliquis. 7. ff. de dona. causa mortis*, in hæc verba. *Si aliquis, mortis causa donauerit, & pœna fuerit capitis affectus, remouetur donatio, vt imperfecta quamuis cetera donationes, si sine suspitione pœnæ facta sint, valeant*, & ibi gloss. adducit in argumentum text. *in l. Si quis filio. § vitiatam ff. de iniusto rapto*, intelligēs nullam prorsus constituendam, hac in re, esse differentiam, inter testamentum, & mortis causa donationem, sequuntur, ibi, Alb. & Imola. & Bar. *d. l. Post contractum nu. 10. Roger. 44. & Alciat. 8. vsque ad nu. 14.* Et est huius traditionis ratio, quia mortis causa donatio, legato cōparatur *l. illud 37. ff. de dona causa mortis*, vbi idem Vlpianus. *Illud generaliter* (inquit) *meminisse oportebit, donationes causa mortis factas, legatis comparatas: quodcunque igitur, in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus, erit accipiendum.* Nemini autem dubium est legata, etiam ante delictum, commissum, relicta, capitali sententia secuta, caducā fieri: non tanquam reuocata (nullam enim reuocationem hac in re inesse conicio) sed tanquam deficiente dispositione, in qua erat constitutū legatum, ad tempus mortis facta relatione, ergo in donatione causa mortis, cuius confirmatio a morte pendet, idem necessario respondendum est, quod deficiat, & caduca fiat, propter dispositionis defectum, quæ ante vltimum vitæ diem deficit, per capitalem sententiam, impedientem ne confirmari morte valeat. Illa enim incapacem ipso facto, delinquentem reddit: quod nō obscure videtur adnotasse, Barto. *in d. l. Post contractum ff de dona. n. 10.* quatenus in hunc sensum citat tex. *in d. l. Eius qui. §. 10. ff. de testam.* & multo clarius Bellaper. *in l. Res vxoris, C. de dona. inter virum & vxor. versic. quæritur, de legato*, vbi inquit, donatio ob causa mortis, & legatum, sequuta sententia capitali, non valere, quia delinquens factus est intestabilis, & ibidem etiam Odofredus *vers. nam vbi aliquis*, concordat Tellus *in l. 17. Tauri n. 128. cum seq.* quod idem Alc. *d. l. Post contractum ff. de dona. num. 13.* tradit obseruandum in donatione a patre filio facta, quia morte confirmatur. Quare argumento donationis causa mortis opinatur, idem esse respondendum, quod per sententiam capitalem, fiat caduca, & inanis: Quam iuris decisionem agnoscēs lex Regia *d. tit. 3. §. 18. lib. 5.* nominationem emphyteuticam, quocunq; tempore, etiam ante delictū commissum factam, subsequuta capitali sententia, caducā & inanem censet & pro non facta habendam. Ego interpretor, dummodo reuocari illa nominatio, vsque ad mortem potuerit, & eius confirmatio necessaria sit, ad instar legatorum, & donationis causa mortis, cuius vice fungitur reuocabilis nominatio emphyteutica, ex distinctione *l. Regia lib. 4. tit. 63. in pr.* vbi explicabimus. Aliter, si eā legē referas, etiā ad nominationem inter viuos factā, etsi si illa, vt plenariū consequatur effectū, mortē nominantis exigat, quia scilicet, vsumfructū aut potestatē reuocandi factā nominationē, reseruauit, vtiq; attentis iuris regulis, & præceptis stare d. l. Regiæ dispositio, absq; magna iuris correctione, non potest, *vt ex infra dicendis apparebit.*

Secundū itaq; † communē, & verā nostrorum traditionem, donatio a marito vxori facta, quę vt firma omnino sit, morte mariti confirmanda est, *vt habetur in l. Cum hic status in pr. & §. 1. ff. de dona. inter vir. vxor. coniuncta l. Papinianus eod. titul. cum aliis. quæ tradit Gome in l. 50. Tauri n. 65. & Couar. in Rub. de test. Par. 3. n. 4.* secuta eiusdem mariti damnatione, de qua supra, cōfirmatur, nō minus quā si naturaliter maritus decessisset, vt Iurisconsultus docet *in l. Sed & si 14. ff. de dona. inter vir. & vxor. & Imperator in l. Res vxoris 24. C. eod. tit.* vbi Imperator *Res vxoris* (inquit) *quæ, vel successione qualibet, vel emptione, vel etiam largitate viri, in eam, ante reatum iure peruenerant, damnato, ac mortuo ex pœna marito, vel in seruilem conditionem, ex pœnæ qualitate deducto, illibatas esse præcipimus: nec alieni criminis infortunio adstringi vxorem, cum paternis maternisue, ac propriis bonis frui eam, integro legum statuto religiosum sit: & donatio maritalis, quæ ante tempus criminis, ac reatus est collata, in vxorem, quia pudicitia præmio cessit, obseruanda sit, tāquam si maritum eius, natura, non pœna subduxerit.* Ecce text. ibi, probantē donationem a marito vxori factā, sequuta damnatione etiā seruitutem inducēte, firmam, & illibatam manere, concordat simile Arcadii rescriptum *in l. Si quis post hac 9. C. de bonis proscriptorum*, vbi postquā statuit, proscriptis ob maleficium, viri rebus, omnia quæ vxor habet, quouis titulo acquisita, illi relinquenda esse subdit, *ea etiam quæ ab innoxio, adhuc marito, ante nuptias titulo donationis acceperit, vel durante matrimonio largitione viri, ad eam ante proscriptionem peruenerint, apud eam firmiter permaneant.* Ex quo text. probatur, vxorem donata retinere, proscriptis mariti bonis, ad quod illum tex. commendat multum Pala. *in Rub. de dona. inter vir. §. 59 n. 2. post Barba. in c. ex literis de pign. in pr.* Cuius traditionis, ea ratio, meo iudicio est, quia collata a marito in vxorem, ex cōtractu, inter viuos, celebrato dicūtur procedere, nō ab vltima volūtate, cuius naturā assumit, mortis causa donatio, quāuis verū sit, etiā a marito donata, illius morte confirmari, ne se mutuo amore viui spolient, quæ particularis ratio est, quæ non mutat, inter viuos, donationis naturam. 39

Quo

40 Quo † argumento & necessaria ratione, vtiliter gl. *in d. l. Si quis posthac, §. si quid, verbo, vindicauerint* idem probat obseruandum in donatione, a patre filio familias facta, quæ morte ciuili, non minus, quam naturali, confirmatur, & penes filium manet, & si contrarium (inquit gloss.) sit obseruandum in donatione, causa mortis per l. *Si aliquis 7. ff. de dona. causa mortis.* Intellexit gloss. paternam donationem, naturam sortiri contractus inter viuos, quamuis ad instar donationis inter virum & vxorem, morte confirmetur, iuxta ea quæ habentur *in l. Donationes quas parentes, Cod. de dona. inter vir. & vxo.* nec intelligas gloss. *d. verbo, vindicauerint*, loqui in donatione facta filio emancipato, de qua ibi, in prin. illius text. est facta mentio, quoniam in fina. verbis Imperator, generaliter ad filios conuertens sermonem, illis concessit potestatem donata vindicandi, non obstante bonorum paternorum proscriptione, quod adnertens gloss. intelligensque Imperatorem, quod de emancipatis filiis in prin. dixerat, in fine ad suos extendisse, asseruit donata a patre filio familias, morte ciuili confirmari, illique adiudicanda esse aliter inepte quidem de mortis confirmatione meminisset, si de donatione facta, emancipato filio, loquuta fuisset, quoniam huic facta donatio, statim a principio valet, nec mortis confirmatione indiget, *l. donationes 32. §. pater. ff. de dona.* Quapropter cum d. gloss. hoc modo intellecta (nempe, quod loquatur in donatione filiofamilias facta) transeunt Odofred. ibi Cynus *numer. 2.* & Sali. versic. *quærit gloss. idem Odofred. in l. Res vxoris, C. de dona. inter vir. & vxor. vers. sed denuo, & ibi Petrus col. fin. versic. aut est donatio. & Bal. in l. Executorem, C. de execu. rei iudi. nu. 33. versic. quidam tenent, Imola in l. Post contractum, col. 3. versic. & aduerte. ff. de donati.* & est communis resolutio, *teste Tellio in l. 17. Tauri. n. 130.* licet incaute contrarium firmet Alciat. *d. l. Post contractum ff. de dona. num. 13.* credens hanc paternam donationem, quia mortis confirmatione indiget, a donatione causa mortis regulandam fore, quod vtique tanto viro indignum censeo, quia a donatione inter virum & vxorem, regulari illa solet, secundum tradita *in d. l. Donationes, quas parentes C. de dona. inter vir. & vxor.* Vtraque enim sine traditione infirma est. Ea autem interueniente morte, confirmatur, & inter contractus inter viuos connumeratur quare quod iuribus iam citatis probatur, obseruandum esse in donatione inter virum & vxorem vtique in donatione paterna, sine vlla difficultate respondendum est: quicquid Alciatus opinetur.

41 Sed † nec ista citra iuris læsionem videntur admitti posse: consultius enim, ac iuris nostri præceptis, magis consentaneum esse videtur a marito vxori donata, sequuta bonorum publicatione, tanquam renocata, irrita, & infirma manere, ex auctoritate Vlpiani *in l. Cum hic 33. ff. de dona. inter vir. & vxor. §. si donator*, vbi Iureconsultus in hæc verba. *Si donator seruus fuerit effectus pœnæ, dicendum est, non impletam, sed peremptam donationem esse, licet seruitus morti comparetur. Proinde & si ipsa in seruitutem redigatur, cui donatum est, extincta erit donatio.* Ecce qualiter morte ciuili superueniente, inter virum & vxorem facta donatio, infirmatur, tantum abest, vt confirmetur, & penes coniugem firma maneat: ex quibus superior resolutio, minime stare posse videtur. At Accursius ibi in gloss. *verbo, donator*, illius text. dispositionem restringit, ad seruitutem hominis, quam maritus incurrit, quia se ad pretii participationem permisit venundari. *§. pen. inst. de iure personarum.* Quo casu, quia voluntarie donator statum mutauit, & de libero homine, factus est seruus, reuocasse magis, quam confirmasse donationem factam videtur, vt contrarium obtineat in seruo pœnæ, qui præter voluntatem, libertate, & bonis priuatur, qua ratione, ea ciuilis mors naturali comparatur, & a coniuge facta donatio, confirmata censetur, quasi hoc idem fecisset donator decedens, qui de se nec de bonis suis quicquam disposuit, concordat gloss. *verbo. deducto, d. l. Res vxoris 24. Cod. de dona. inter vir.* differentiam hac in re constituens, inter seruum hominis, & pœnæ, & sequuntur DD. communiter. Alii rursus, aliam differentiæ rationem assignant, cum gl. *d. verbo, deducto*, opinantes, contracta seruitute hominis, infirmari factam donationem, quia adest dominus, cuius ille factus est seruus, qui potest donationem reuocare, cuius oppositum obtinet in seruo pœnæ, qui non habet quenquam, qui reuocare possit, quam rationem post Dinum probat Soarez *alleg. 20. col. 9. in medio*, sed non satisfacit. Nam quemadmodum dominus priuatus, reuocare potest, factam coniugi donationem, ita etiam poterit fiscus, quare in vtroque casu, non deest qui reuocare valeat: & nihilominus longe diuersum ius, inter seruum pœnæ, & hominis, constitutum est, quare illa gloss. ratio mihi semper suspecta, visa est. Cæterum Ange. *in l. 3. n. 2. C. de bonis dam.* notabiliter addit, bonorum publicationem adeo odiosam, legumlatoribus visam fuisse, vt minime possit bona comprehēdere, quę quonis titulo, etiam reuocabili penes alium, constituta sunt: quemadmodum sunt penes, vxorem bona donata, aut penes filium, siue etiam peculii causa data. *l. 3. §. sed vtrum ff. de minor.* ibi, *magis enim patris, quam filii interest, licet aliquo casu, peculium ad filium spectet, vt puta, si patris eius bona a fisco. propter debita occupata sunt, nam peculium eius constitutione Claudii separatur*, & ibi obseruarunt gloss. Bart. Bal. & alii, tradit Boet. *q. 7. n. 11. Paris. lib. 4. cons. 157 nu. 2. Simancas in tracta. de hæreti. cap. 9. nume. 15. Crotus in l. Frater a fratre ff. de condi. indeb. numer. 31.* & est communis sententia, licet contradicant plurimi. Quæ resolutio, difficultatem minime soluit, si consideras, in eo tantum quæstionem versari, cur longe diuersum ius, in facto seruo priuati, qui huiusmodi donationem vxori factam, in dominum transfert, atque in fisco constitutum sit. Nisi dixeris ex iam supra adnotatis, parem non esse causam fisci & noui domini priuati: siquidem hic ex voluntate donatoris, qui se permisit venundari, omnia consequitur, fiscus vero præter, sola capitali pœna nixus, contra delinquentis voluntatem inflicta, & propterea restringenda est ad ea tantum bona, quæ penes delinquentem reperiuntur. Quæ forte vera ratio est, & notabilis, vt ex infra dicendis apparebit. Cynus autem, vt Soarez refert *alleg. 20. col. 9.* aliam rationem assignat. Ait enim seruum pœnæ, propinquiorem esse morti & propterea a se donata in fiscum non transire. Quæ sane ratio frigida est & insulsa, quare Soarez eius-

dem Cyni aliam rationem adfert: quæ in idem recidit. Dicebat enim Cynus, alimentorum ratione, quæ dominus seruo præstat, interim dum viuit, posse vxori donata, reuocare: quæ ratio in fisco cessat. sed friuola hæc est responsio, quoniam & operæ a seruo pręstandæ, & opera seruilia hanc interesse considerationem excludunt.

42 Doctissimus † quondam præceptor meus, Hector Rodriguez, Salmanticensis primarius, ac Iureconsultus grauissimus, me audiente, vtiliter respondebat, mortem ciuilem inductam ex capitali sententia, donationem inter coniuges confirmare, quia naturali comparatur, *secundum Bart. & communem ibi in l. Ex parte. §. insulam. ff. de verborum obliga. & in l. Deo nobis, C. de episcop. & cleri. omnes in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de lib. & posth.* cuius contrarium dicebat, obseruãdum in seruitute hominis, quæ naturali nõ comparatur. Quæ sane interpretatio difficultatem nõ diluit, id enim est quod quęrimus, cur magis illa seruitus pœnę, quam hæc hominis, morti naturali cõparetur: tum quia repugnant Iureconsulti verba *d. §. si donator, ibi, licet seruitus morti comparetur,* quo in loco fatetur seruitutem hominis priuati, morti comparari, & nihilominus ea confirmari donationem posse negat: Ea nempe ratione, a nobis superius assignata, quia is qui se permisit venundari, ad pretij participationem, vltro se seruituti mãcipauit: omnia iura, quæ habebat, in ementẽ transferens, & consequenter, tacite reuocans donationem prius factam, quæ ratio cessat in seruo pœnæ, cui illa seruitus, inuito infligitur: Certi enim iuris est criminis reum, illius pœnam inuitum, & reluctantem, non volentẽ pati, ex doctrina D. Thomæ *2.2. q. 18 art. 3. in corpore, cui accedit Corra. in l. Frater a fratre. ff. de condi. indeb. in priu. a nume. 20. & Galeaula in Rub. ff. de verbo. obliga. a num. 173. Beninca. in §. omnium, inst. de actio. a n. 92.* Quam profecto, differentiæ rationem, iam dudum probaueram, & gauisus sum valde, quod nuper legerim Conanum, virum eloquentissimũ *lib. 8. c. 11. fol. pen. col. 2.* eam plane probantem. Quamuis intelligat in casu *d. §. si donator. l. Cum hic status, 33. ff. de don. inter virum,* maritum, qui vxori donauerat, Titii seruum fuisse, ingenuum tamen se contendisse, & interim vxori donasse: sequuta deinde condemnatione, qua seruus fuit pronunciatus, quia videbatur ad instar serui pœnæ, cõfirmatam manere donationem: contrarium Iurisconsultus respondit, quia ille a principio, & sic, antequam donasset seruus erat, nec donare poterat, quemadmodum nec posset, post capitalem sententiam latam, secundum communem *in d. l. Post contractum ff. de donatio.* Quam ego traditionem vti veram probo, ad casum tamen *d. §. si donator,* neutiquam posse applicari intelligo, quia plane verba legis repugnant, ibi quæ docent, ingenuum donasse, deinde ex pretii participatione seruum factum esse. Ex quibus defensa manet prædicta resolutio, quod nominatio emphyteutica ad instar & similitudinem donationis causa mortis, sequuta capitali sententia, irrita, & inanis manet, quia vltimam sapit voluntatem cuius oppositum obtinet, in nominatione inter viuos facta, hoc est, ita facta, vt de præsenti valeat, quamuis ex pacto adiecto, plenarium sit effectum habitura, post mortem nominantis, quia, scilicet, sibi fructus reseruauit, vel potestatem reuocandi, si vellet: Quod exemplo donationis factæ a marito vxori, vel a patre filio, vtiliter deducitur, quas, sequuta condemnatione, confirmari, & illibatas manere, probauimus, non minus, quam si naturaliter nominans, e vita decederet. Est enim in hac specie emphyteusis, seu res inter viuos donata, extra rem & patrimonium delinquentis, vt in iuribus supra adductis.

Quibus addo text. quidem notabilem *in l. Sequens. quæstio. 70. ff. de leg. 2.* vbi ex ratione præmissa, Paulus consultus scite respondit, vxorem a marito, hæredem scriptam, grauatam restituere, quæcunque ab eo obtinuisset, non teneri inter viuos ab eo donata, fideicommissario dare. Quod sane ille text. probat, si illum continuatiue cum precedenti legas, prout legendus necessario est: etenim *in § fin. l. præcedentis,* species illa proposita est, in qua vxor hæres instituta, fuit grauata restituere, quicquid accepisset: qua quidem facti specie retenta, *in l. Sequens quæstio,* Paulus ait, *Sequens quæstio est, an etiam, quæ viuus per donationem in vxorem contulit, in fideicommissi petitione veniant? Respondi ea extra bonorum causam defuncti, cõputari debere, & propterea fideicommisso non contineri.* Vides quam argute Iurisconsultus docet, verum esse quod prædiximus, inter viuos, a marito coniugi, donata libera, & exempta a bonorum proscriptione esse, quia extra rem, & patrimonium delinquentis, sunt posita. Ad quod sola patris destinatio, plurimum valet, *ex his quæ habentur, in l. Si quis nec causam. ff. si certum peta. & in l. Si chorus §. 1. ff. de leg. 3. Pala. in Rubric. §. 38. col. 3. post prin. n. 7. in fine, Cotta, verbo, testator, col. 512. & verbo, vestibus, col. 549. Thomas Gramma. cons. ciuili. 136. nu. 6. Ias. in l. A Diuo Pio. § si. ff. de re iudi. nu. 3.*

Superiori † tamen resolutioni obstare plurimum videtur, Vlpiani responsum *in l. Cum hic 32. ff. de dona. inter virum & vxor. § si maritus. Si maritus* (inquit) *vxori donauerit, & mortem sibi ob sceleris conscientiam consciuerit, vel etiam post mortem, memoria eius damnata sit, reuocabitur donatio, quamuis ea, quæ aliis donauerit, valeant, si non mortis causa donauerit.* Ecce qualiter eo in loco Iuriscõsultus docet, donationem a marito vxori factam, sequuta condemnatione reuocari. Quamobrem corruere, videtur quod supra resoluimus, eam capitali sentẽtia cõfirmari, stare enim confirmatio, & eiusdem donationis reuocatio, tãquam contraria non possunt: quæ nõ modica est Iureconsultorum antinomia. *Bar. in l Post contractum. ff. de donatio. nu 11.* hanc difficultatem mouens, ait Iacobum de Areti. intellexisse prædicta cessare, quando post mortem donantis, sequuta est condemnatio, quo casu, inquit, reuocatur prius facta donatio, quando vero morte non fuit donatio confirmata, quia prius lata fuit sententia, confirmata ex capitali sententia manet. Quæ sane traditio nec rationem, nec vllum saporem iuris habet: quare merito de ea solutione admiratur Bartol. quia inquit, nihil est dicere, reuocari donationem morte confirmatam, per sententiam postea latam, & eandem confirmari sententia, si donatio nondum morte fuit confirmata, cum contrarium magis resoluendum foret quoniam semel perfecta & consummata, difficilius infirmari consueuerunt, quam quæ adhuc non 43

sunt

sunt sortita effectum. Quo circa alii soluunt, longe diuerso modo intelligentes Iurisconsultum *in d. §. si maritus*, loqui, & procedere eo tantum casu, quo donatio fuit facta post commissum crimẽ, in qua specie, tanquam fraudolẽta sortiri non debet effectum, *secundum adnotata in d. l. post contractum. ff. de donat.* vbi hanc traditionem in se veram esse, & a neotericis scriptoribus approbatam fatetur, Paulus a Monte Pico *nu. 64.* Animaduertens nihilominus reiiciendam esse, quoad conciliationem d. iurium. Et verum dicit, quoniam si hic sensus, & interpretatio vera fuisset, vtiq; dispositio tex. *d. §. si maritus*, quatenus habet reuocari donationem, per subsequutam capitalẽ sententiam, locum haberet, & procederet etiam in donatione, alii extraneo facta, secundum communem in *d. l. post cõtractum*, quod minime consentit litera, d. § *si maritus*, ibi, *quamuis ea, quæ aliis donauerit, valeant.* Quare necessario ille tex. referri debet ad casum, quo donatio fuit facta, ante commissum crimen. Ex quibus non defuerunt, qui intellexere tex. *in d. § si maritus*, hodie correctum esse, per tex. in *d. l res vxoris. 24. C de donat. inter vir. & vxor.* quę ceteris peior mihi solutio visa est Sed vltimo loco Bart. *d. l. post contractum, num. 11.* respondet text. *in d. § si maritus*, specialiter procedere in crimine, damnante delinquentis memoriam, quo casu, bona fide facta donatio a marito vxori, citra vllam fraudem, & perpetrandi delictum consideratione, reuocatur, quamuis extraneo facta, minime reuocaretur. secundum communem resolutionem *in d. l. post contractum, ff. de donatio.* vbi Bart. & alii vnanimiter resoluunt, donationem bona fide factam, ante commissum etiam læsæ maiestatis scelus, infirmari non posse: inter virum tamen & vxorem, donationem factam, corruere, per d. § *si maritus*, qui in hac particulari specie loquitur, & procedit secundum Bart. *d. l. post contractum, num. 11.* ab aliis communiter receptum, vt est videre per Monte Picum *ibidem, nu. 64. & Roger. 44.* Cuius rei in promtu, ratio est, quia inter coniuges facta donatio, sua natura infirmior est, & quodammodo improbata cẽsetur, *vt in l. 2. C. de donat. inter vir. & vxor.* Ergo mirum non est, si facilius, quam extraneo facta reuocetur. Quo sane argumento, & ratione, idem prorsus opinor, respondendum in donatione paterna, quæ maritali comparari solet, *vt in l. donationes, quas parentes, C. de donat. inter vir. & vxor.*

44 Ex † quibus sic resolutis, plane iam infertur, quod per legem Regiam, *lib. 5. titu. 3. §. 18.* sancitum est, irritam nominationem emphyteuticam esse, ab eo factam, qui perduellionis capitalem sententiam, fuit postea passus, restringẽdum esse, ad nominationem reuocabilem, non firmam & imperfectam, quoniam aliter illibata & stabilis, perpetuo manebit, quemadmodum secundum Bart. & communem, manet in d. § *si maritus*, extraneo facta donatio. Est ea tamen lex Regia, notabiliter amplianda, vt procedat, etiamsi nominatio fuerit, ante delictum commissum, bona fide facta, quo casu secundum communem sensum Bart. proxime enodatum procedit, sed de his iam satis.

45 Illud † vlterius vtiliter tractare oportet, *an nostri temporis Banniti ad emphyteusim, quam habent, nominare quempiam possint?* Contingit enim plerunq; in his Regnis, criminis reum in fuga absentem accusari, iuxta formam *l. Reg. lib. 5. titu. 44.* quo infra terminum, ibi, statutum non comparente ad diffinitiuam vsq; sententiã, inclusiue proceditur, per quam ille reus criminis, morti condemnatur, vt ibi in prin. *E nom vindo, nem apareçendo ao dito tempo, que lhes assi for assinado, se procederaa contra elles a sua reueria, & achando se culpados, serão cõdenados aa morte, ou naquella pena, que for dereito, &c.* Vides qualiter in his Regnis, aduersus absentes, criminũ reos procedatur, etiã ad pœnam capitalem mortis, quod etiam Gallia obseruat, *vt tradit Boer. quæst. 63. num. 8. cum seq.* Castella etiam eodem, sine dubio vtitur iure, ex pragmatica Sanctione, cuius ad id meminit Auenda. *responso. 15.* Post latam vero sententiam aduersus absentem, nostra l. Regia *d. tit. 44. lib. 5. §. 8.* posse hos delinquentes impune offendi, & a priuato quocunque occidi, permittit, in hæc verba. *E auemos por bem, que nos casos onde assi os ditos absentes, forem coudenados aa morte natural, que qualquer do pouo os possa matar.* Quo circa in his regnis agimus de Bannitis, qui offendi in persona possunt, qui secundum receptam sententiam amittunt omnia iura, & priuilegia concessa regnicolis, seu naturalibus, secundum leges, & statuta regni, retentis ceteris, quæ illis secundum iuris communis præcepta, & traditiones competunt, vt in specie adnotauit Bart. *in sua disputatione, incip. Lucana ciuitatis, & in l. Eius qui. § si eius. ff. de testam. Paulus lib. 2. consi. 112. num. 3. versi. & posito. Alexand. in l. 1. colum. penultim. C. de hared. instit. & in l. ex facto. §. ex facto. ff. ad Trebell.* vbi etiam Bart. idem Alexand. *lib. 1. cons. 26. & in l. si cum dotem. § si patri. ff. solut. matrimon.* qua ratione hæreditatem adire possunt, *vt Paulus & Alex. in d. locis resoluunt, & Maranta, in l. si potest. ff. de acquir. hared. num 119. Curt. Sen. consi. 59. num. 19.* Multo ergo magis possunt ad emphyteusim nominare, quoniam hæc facti est, & in facto consistit, quare illius etiam deportatus est capax, vt *supra resoluimus*, cui & si comparemus huiusmodi bannitos, secundum quod Paulus *d. consil. num. 2. voluit*, vbi addi. Alexand. & Baldum ad idem citat, negare illis, nominandi potestatem, neutiquam possumus, quando & illam deportato iam supra concessimus. Quod sane intelligo verum, & obseruãdum esse, etiamsi bannitus ponatur extra protectionem Regiam, quo casu dicitur carere, etiam his quæ iuris ciuilis sunt. *Bald. in l. 3. col. pen. in fine C. si penden. appella. mors, inter. Alexand. d. l. 1. C. de hæred. instit. Maranta d. l. si potest, nu. 119. versi. limita.* Quod & si verum sit, minime impedit posse nominare, quoniam hæc in facto consistit, & etiam deportato conceditur, cui tantum eo modo bannitus cõparatur, *secundum Martantã d. versi. limita.*

Caue † tamen, quia Maranta *d. num. 119. versi. ex prædictis, quæ diximus*, limitanda censet, eo casu, quo 46
bannitus fuit condemnatus, & forisiudicatus eo, quia statutis terminis non comparuit: quo casu, quia amplius audiri non potest, innocẽtiam allegaturos, nec aliud quicquam, quam exequi sententiam, restat, & eo ipso, quod captus fuerit, exequenda est, seruus pœnæ dici, & reputari cõmode potest: quemadmodum est, & ille reputatur, qui semel cõdemnatus, e manibus familiæ, seu carceribus euadens fugit, qui non proinde euitat incursam pœnæ seruitutem, *secundum Bartol. in leg.*

qui vltimo.ff.de pœnis, Bald.in l. 1. col.3. in princ.de sacrosanct.eccles. Quo circa vt ille opinatur, idem est respondendũ, in bannito absente condemnato fori iudicato, qui hostis patriæ censetur, nec amplius audiendus, si captus fuerit. Quæ sane resolutio in his maxime regnis admitti potest, in quibus absens non condemnatur, ob contumaciam incursam in non comparendo statutis temporibus, sed magis exigentibus culpis, & productis probationibus, vt d.l.Reg.*lib.5.tit.44. in prin.* cauetur, ibi, *achando ser culpados, serão condenados a morte*, quod etiam in §.*5. & 6.eiusdem l.* probat palam esse obseruandum, ibi, *se for mandado poor a tormento, por não auer proua inteira.* Requiritur enim plena & indubitata probatio, quo in his regnis possit absens capitali pœna puniri, & bannitus censeri. Quod etiam Castella obseruat, teste Auendano *responso.15. n.6.* Quare cessare proculdubio videtur, quod diximus, absentem extra vincula existētem, vltimo supplicio cōdemnatum, pœnæ seruum non fieri, quod sane intelligi debet, quãdo ob contumaciã condemnatur, quasi conuictus, & confessus, non vero quando ex legitimis probationibus capitalis sententia lata est.

47 Sed † *an excōmunicatus emphyteuta, possit nominare ad emphyteusim, quam habet,* quæstio est, cui caussam præstitit, Innoc. *in c. grauem de sententia excommunicationis,* firmãs, quod omnis excommunicatus est mortuus ciuiliter saltem, quoad spiritualia dona. concordat Bart. *in l.Barbarius ff.de officio præto.* Quapropter seruo comparatur, *secundum Speculat. titu. de actore, versi. item quod est seruus, Bald. in l.3. col.fin. C. si penden.appellat.* vbi excommunicatum, seruum diaboli appellat, & in eius potestate: qua ratione est intestabilis actiue & passiue, *secundum quod habetur in auth.credentes. C. de hæreti. & in c. excommunicamus. §.credentes, de hæreti. tradunt Hosti. in summa de testam. §.quis sit effectus. versi. & prodest. Archidi. in c.pia, de excep.in 6.Faber, in §. legari, instit. de lega. Rogerius, de vulgar. nu.15 pag.21. tradunt Dd. in c. 1.§.credentes, in tit. fin. de feudis.* & est bonus tex. *in c. Cum inter. R. de electi. & in c. Constitutis, de appellat.* vbi excommunicato negatur electio actiue & passiue. *tradit Ripa, in l.ex facto, § si quis rogatus, in 2. num.4. ff. ad Trebell.* & nos alia late congessimus *in tractat. de renouatione. quæst. 7. num.1. & 2.*

His tamen non obstantibus, verius mihi contrarium semper visum fuit, & omnino obseruandum, quia excommunicatus deportato tantum solet comparari, eo quod a participatione fideliũ separatur, quemadmodum, & deportatus a ciuitate, *gloss recepta in §. minor. instit. de capi. dimi. & in c. Pastoralis, de appellat.* Qua ratione quemadmodum deportato, non negatur huiusmodi nominandi potestas, quia facti est, & in facto consistit, vt supra resoluimus, ita etiã excommunicato concedenda est, vt in specie adnotauit Ripa *in d. l. ex facto. §. si quis rogatus, in 2.num.4. ff. ad Trebell.* cui addo Rotam *nouam. 195.* resoluentem posse excommunicatum acceptare, & cetera, quæ in facto consistunt exercere. Quod idem voluit in collectis a Bisigneto, *quæst. fin. conuenit Rota antiqua, 161.* concedens similiter excommunicato præsentandi facultatem, si ille ius patronatus habeat, qua ratione sine dubio, nominare ad emphyteusim poterit.

Nec mouere possunt in contrarium, superius adducta, quoniam Innocent. & alii supra citati, excommunicatum mortuum reputant, & seruum respectu spiritualium, & eorum, quæ ad animę beatitudinem spectant, quorum respectu quilibet in peccato mortali persistens mortuus, & seruus dici potest, quare non est, cur proinde illi possimus, nominandi potestatem adimere, quæ in facto consistit. *vt prædiximus.*

Quod † autē diximus, intestabilem actiue, & passiue excommunicatum fieri, vtique procedit in excommunicato pro crimine hæresis, vel quia hæreticis fauorem præstitit: quia is sic excommunicatus infamis efficitur, & intestabilis, per text. *in d.auth. credentes. C. de hæretic. & capit. Excommunicamus. §.credentes, eod titul.* & in specie explicat Marantа, *d. l. is potest. ff. de acquirend. hæred. num. 121. in fine.* 48

Denique quod diximus excommunicatum, eligere non posse, per tex. *in cap. Cum inter R. de electione. & c. Constitutis, de appellat.* sane procedit in electione, quæ fieri citra hominum participationem, non potest, qualis est electio prælati, & quęuis alia similis capitulariter, quæ fieri debet: ad quam nequit admitti excommunicatus, quia illum ab hominum commercio, & communicatione excommunicatio repellit, *secundum adnotata in cap. penultim. de except.* noster vero sermo versatur circa electionem, & nominationem a solo emphyteuta faciendam, cuius ille capax est, quia in facto consistit, nec vlla hominum participatio adest, quæ impedimento esse possit, vt *in specie explicat Ripa, in d.l. Ex facto, §. si quis rogatus, num.4. ff. ad Trebell.*

Caue † tamen, quoniam, vt ibidem Ripa, *num. 6.* obseruauit, hæc resolutio necessario videtur restringenda, quando agitur de eligendo, seu nominando incertum de certis, prout contingit in casu, quo emphyteusis fuit concessa pro filio, vel filia, nominanda, vel etiam pro vno ex filiis eligendo. In qua quidem specie loquitur tex *d. §. ex facto. & l. vnum ex familia, cum similibus,* probantibus electionem, seu nominationem, de qua agimus, in facto consistere, & in nudo quodam ministerio, cuius capax est deportatus, excommunicatus, & alii similes. 49

Ceterum, si emphyteutæ, concessa est facultas nominandi, quemcunque voluerit, prout in casu l.nostræ, in qua ea fuit facta concessio, in genere pro eo, quem nominabit, aliud sane est resoluendum: quoniam hoc casu nominatio magis in iure, quam facto consistere videtur, *vt adnotauit Ripa in d.l. ex facto. §. si quis rogatus, in 2.nu.6.* In hac enim specie illi concessum est nominare, si velit, & quem velit: citat in argumentum tex. illum celebrem, & indifficilem *in l. fideicommissaria. 46. ff. de fideicommissa. liber.* vbi Vlpianus docuit libertatem, ita fideicommitti recte posse. *si Titius voluerit*, quod libertatis fauore, admissum specialiter fuisse, ibi gloss. docuit, verbo, *libertatem, & in l. Captatorias. C. de testam. milit. Bart. in l.1. nu.4. ff. de leg. 2. & ibi Imol. col.3. in fine. idem Bart. in l.1. nu.64. C. de sacrosanct. eccles.* Aliter enim legata in alienam voluntatem, committi non possunt, nec ab ea pendere valent *Modestinus in l. nonnunquam. 51. ff. de condit. & demonstrat.* ibi; *Nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. tradunt Dd. ibi, & in d. l. Captatorias, C. de testam. milit.*

denique,

denique, *& in l. illa institutio. ff. de hered. inst.* Quo argumento, vtiliter Ripa *d. §. si quis rogatus, num. 6.* intelligit, emphyteutam habentem, liberam facultatem nominandi, seu eligendi, quem voluerit, simplici ministerio, quod in sola electione, seu declaratione consistit, non vti: sed magis, cõsistente in iure: quia potest incertum, de incertis eligere, quemcumq; voluerit, *cum* (inquit) *electionis incapax est excommunicatus, & consequenter deportatus, ceterique alij incapaces, eorum, quæ sunt iuris ciuilis*: citat Ripa Bart. *in l. si is qui pro emptore col. antepenult. versi. videamus, num. 61. ff. de vsucapion. in fine, cum seq.* tractantem eam quæstionem, *an, & quando requiratur habilitas, in persona agentis, & eius, cuius nomine agitur, seu extremi ad quod, & a quo?* Et resoluit Bart. quod in faciente sufficit habilitas facti tãtum, licet non concurrat habilitas iuris, *vt habetur in l. 1. §. ceterum. ff. de acquir. possess.* vbi per eum, qui aliqualem habet intellectum possumus, possessionem acquirere. dummodo penitus ille sensu non careat.

50 Quo † fit, vt is, qui procurator esse non potest, recte quidem constituatur procurator, ad substituendum, *Cynus in l. quod quis. C. de procurat. gloss. fin. & Dd. in clem. religiosus, de procurat.* dummodo omnino non sit incapax, quod idem, & clarius scripsit Bartol. *in l. 1. §. item acquirimus, num. 9. cum sequent. ff. de acquir. possess. & ibi Angel. Paul. Roman. & Alexan & Iaso. num 28. cum sequent.* Sufficit enim quod capax ille sit facti, vt substituere alium procuratorem, capacem recte possit. Aliter omnino incapax, nec substituere alium potest, *d. cl. clement. religiosus, de procurator.* Verumtamen Ripa. *in d. l. ex facto. §. si quis rogatus, in 2. num. 6.* hoc intelligit, quando religiosus, fuit constitutus, procurator cum potestate generali, substituendi procuratorem, quem voluerit, ad quem sensum, & casum restringit, d. clemen *religiosus*, non sic quando illi fuit data potestas, substituendi incertum de certis, puta ex procuratoribus Vlyssipponensibus vnum. In qua specie intelligit, non obstante religione, excommunicatione, aut simili inhabilitate, illum posse substituere, quia in hoc casu nudum tantum ministerium habet, in facto consistens, cuius ille capax est, quia ab eo non dicitur substitutus, constitutus procurator, sed magis a domino, qui potestatem dedit. *l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* quam ad hanc speciem, restringendam opinatur.

51 Non † vero quando vaga, illi data est facultas nominandi, & eligendi quemcumque, de populo voluerit: quia tunc, inquit, ab eo dicitur electus, & ab eo ille capit: quare dici non potest, quod talis electio consistit in facto. Profecto hæc plusquã notabilis resolutio est, ad quã passim pragmatici, & tabulæ non attendunt in praxi, & potest ex his cõprobare, quæ tradit Fortuni. *in l. Gallus. §. & quid si tantum, nu. 22. cum seq.* cõtendens, *nu. 29.* quod electio etiam incerti de certis, consistit in iure non facto: quod licet supra *hac quæst. nu. 5.* non probauerim ex Ripæ auctoritate *d. nu. 6.* defendi potest in hac specie, quãdo eligendus est incertus de incertis, cuius (vt Ripa opinatur) deportatus, bannitus. & excommunicatus est omnino incapax: Quod summe adnotandum est.

52 Ego † vero huic Ripæ sententiæ, accedere vix vnquã potui, tum, quia nec iure, nec ratione aliqua vrgenti, aut probabili ea mihi traditio, & differentia cõstituta, inter electionem incerti de certis, aut incertis vera videtur, tum etiam, quia si mentem, & sensum nostrorum interpretũ introspicias, vtiq; intelliges, nullam eos voluisse, hac in re constituere differentiam, quod maxime ex Ias. deducitur *in d. l. 1. § item acquirimus, num. 28. ff. de acq. possess.* vbi ad eam quæstionem, *an is qui procurator esse nõ potest, possit substituere habilem*, ex generali domini mandato, eam potestatem generaliter concedente, pro parte affirmatiua, quod possit, inducit *adnotata in l. cum pater. § hæreditatem. ff. de leg. 2. & d. l. ex facto. §. si quis rogatus, ad Treb.* quatenus concedunt, deportatũ alias inhabilem, restituere habili fideicommissũm posse, & illum eligere, & nominare, quia in facto consistit: Quo argumento idẽ resoluit in procuratore, qui licet inhabilis sit, aliũ substituere nihilominus potest, quia hæc substitutio, seu procuratoris nominatio in facto consistit. Verum enimuero d. iura tantũ loquuntur, in grauato restituere vni de familia, seu de filiis, & sic incerto de certis, ergo plane constat, Ias. intellexisse, nullam hac in re cõstituendam esse differentiam, inter electionem incerti de certis, aut de incertis. Nec recte videtur locut⁹ Ripa, intelligens nominatũ ab eo, qui generalem potestatem habet, incertum de incertis nominandi, a primo domino nominatum non esse, existimans sic limitandam. *l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* quoniam oppositum plane probat gl. iuncto tex. *in c. 1. §. 1. verbo. substituendi, de procurat. lib. 6.* vbi procuratorem substitutũ ab eo, qui generale habebat, substituendi, mandatũ, a domino principali dicit constitutum per tex. *in l. item eorum. § si decuriones. ff. quod cuiq; vniuersitatis.* Vbi Iureconsultus, in hæc verba, *Si decuriones decreuerũt actionem, per eum mouendam, quem duumuiri elegerunt: is videtur ab ordine electus: & ideo experiri potest. Parui enim refert an ipse ordo elegerit, an is cui ordo, negocium dedit*: tradit Rota noua. *146.* & Vantius *lib. de nullis processus ex defectu mandati. nu. 105.*

ARGVMENTVM.

Monachus an possit nominare, & nominatio emphyteutica an possit fieri per procuratorem.

SVMMARIA.

1 *Monachus põt nominare, seu eligere ad emphyteusim.*
Fideicommissum transit in monasterium, viuente monacho.
2 *Feudũ transit in monasterium, item etiã emphyteusis.*
3 *Monachus etiam fratrum Minorum, potest eligere, & nominare.*
4 *Frater Minor non potest nominare, tenet Bald. contra plures.*
5 *Nominatio emphyteutica a monacho facta, reuocari (potest.*
6 *Fallit si est monachus fratrum Minorum, quia tunc professione confirmatur nominatio reuocabilis, nec ante facta reuocari potest.*
7 *Mendicantes possunt capere, vt vendant.*
8 *Testamentum per ingressum religionis, infirmatur.*
9 *Monasterium habetur loco filij.*
10 *In contrariũ, imo quod testamentũ rũpitur professione.*
Monasterium excludit substitutum.
11 *Substitutum excludit monasteriũm, vbi id voluit defunctus.*

12 *Monasterium non auditur, quando fuit vocata familia, vel id testator cauit, idem in clerico.*
13 *Ad emphyteusim, monasterium non admittitur.*
14 *Vsusfructus Maioriæ, vel emphyteusis, quamdiu viuit monachus, transit in monasterium, nisi habeat annexam iurisdictionem.*
Vsusfructus, quem habet monachus, transit in monasterium.
Maioriæ vsusfructus, non trāsit in monasterium fratrum Minorum.
15 *In dubio, pro monasterio respondendum est, quod non sit exclusum.*
16 *Ingressurus religionem, si testamentum fecit, monasterium non succedit.*
17 *Testamentum professione religionis, non infirmatur, maxime, si fiat paulo ante illam.*
18 *Fallit quando expresse testator se, & sua monasterio dedit.*
19 *Ex coniecturata defuncti voluntate statim excluditur monasterium, non expectata morte naturali. & Ordin. lib. 4. tit. 62. §. 3. interpretata.*
20 *Per procuratorem an possit fieri nominatio.*
21 *Personalia per procuratorem non exercentur.*
Hæreditas per procuratorem non aditur, quia consistit in voluntate.
22 *Per procuratorem specialem potest nominatio fieri.*
Eligendi potestas non ceditur.
23 *Procuratori committi potest nominandi potestas, incertum de certis.*
Procurator semel tantum, potest nominare.
Nominatus a domino præfertur nominato a procuratore.

QVÆSTIO VI.

1 QVæstio est non vulgaris, sed frequēs, & quotidiana, *an monachi religionem professi, nominare, seu eligere quempiam ad emphyteusim valeant?* Elegans est in praxi controuersia, cui caussam dedit vulgata regula, quæ habet religiosum, effici seruū illius religionis, quam fuit professus, cuiq; se ipsum addixit, quare pro mortuo, quoad ea, quæ sunt in seculo, reputatur, nec dicitur nolle, aut velle habere, *c. placuit, & c. nullus. 2. q. 7. c. placuit. in 2. & c. nonnulli. 16. q.* 1. vbi etiam propterea monachi vox funesta dicitur, ad instar serui, quæ talis reputatur *l. pen. C. qui accusa. non poss.* quamobrem monachi, seruis priuatorum comparantur, *glo. & Dd. in auth. Cassa. C. de sacrosanct. eccles. l. Pedius. §. 1. & ibi Bart. ff. de arbit. idem Bart. in l. 1. ff. de stipulat. seruorum. Innoc col. 4. in c. cum olim, de priuileg. Bald. in l. Si seruus. C. communia, de successio. & in l. Cum acutissimi. col. fin. C. de fideicommiss. Decius consil. 474. col. fin. tradunt Socinus, & alij, in l. 1. §. item acquirimus. ff. de acquir. possess. Ias. in l. Seruum tuum, ad finem. ff. si cert. petat. tradunt Bart. nu. 21. & alij, in l. 1. ff. de vulga. & ibi Socin. nu. 20. Ripa. nu. 51. & Alciat. 82. idem Socin. cons. 52. lib. 4. nu. 19. Corn. lib. 2. cons. 13. nu. 4. Poli. de vulga. 3. par. nu. 46. & ibi Roger. pag. 20. nu. 9. Iaso. in l. Cum proponas. nu. 21. C. de hered. instit.* Ex quorum traditione, ea cōmunis resolutio est, in acquirendis monachum fungi vice serui, vel filii, prout monasterio magis conuenit, & expedit: Quæ fuit sententia Bald. *in l. 1. col. 2. versi. quoad decimum. C. qui admitti.* quam alii, & Bart. tenent *in d. l. 1. ff. de vulga. q. 3. principali glo. in l. Ex pœnalibus. ff. de reg. iur. glo. fin. in fin. in l. Si longius. ff. de iudi. habetur in clem. fin. de procurat. gloss. & alij, in c. 1. de syndico.* Ex quibus sane respondendum videtur, neutiquam posse monachum, ad emphyteusim nominare, quemadmodum, nec seruū pœnæ, aut priuati, imo prius factam nominationem infirmari, ex his, quæ supra resoluimus in seruo priuati. Obtinebit enim, in hac specie monasterium emphyteusim, quamdiu saltē monachus vixerit ad instar, & similitudinem fideicommissi, cuius similiter fructibus potitur viuente Monacho, *ex his, quæ tradit Couarr. in c. 2. de testam. num. 12.* licet Costa, *in l. Gallus. §. & quid si tantum. 2. par. nu. 12. & latius in c. Si pater, de testam. in 6. verbo, si absq; liberis, nu. 61.* contrarium velit, *post Alex. in d. §. ex facto, nu. 8. Vincent. de Hercu. col. 2. & Ripa. nu. 2. d. l. ex facto, ff. ad Trebell.*

Quod † idē in feudo obtinet, quod cum monacho transit in monasterium, illo saltem viuēte, si modo reale seruitium est domino præstandum, *Bald. & alij in c. qui clericus, si de feudo fuer. controu. Dd. in c. in præsentia, de probat. Cyn & Salic. q. fi. in auth. ingressi. C. de sacrosanct. eccles. vbi Ias. num. 35. Afflict. q. 320. Gigas de pensio. q. 57. n. 4. Costa. d. verbo, si absq; liberis, nu. 62. Cur. Iun. cons. 61. cum seq. Barba. lib. 1. cons. 13. num. 14. Afflict. in c. 1. de mili. vassa. a n. 2. Capitius, q. 31. & Euerar. videndus, cons. 210.* Quo argumento idē sane respondendum est, in emphyteusi, vt in monasterium transeat, vtenda, & fruenda ad vitā saltem monachi. *Dd. in d. auth. ingressi. C. de sacros. eccles. vbi Bart. nu. 36. cum seq. Ias. in l. 1. nu. 54. & in l. 2. num. 239. C. de iure emphyt. Iul. Clar. lib. 4. § emphyteusis. q. 33. Dd. in c. in præsentia, de probat. vbi Felin. a nu. 44. & in c. quæ in ecclesiarum, nu. 70. de constitut. Decius, in d. c. in præsentia. col. pen.* quod nos latius inferius prosequemur. Ad propositæ tamen quæstionis decisionem, sufficit professione, non minus, quā seruitute extingui hanc nominandi facultatem, quam in præiudiciū monasterii, a se abdicare monachus non potest, quēadmodum nec seruus. Secundum quam resolutionem, vtique mortuo monacho emphyteusim directus dominus occupabit, nisi illam perpetuo, apud ecclesiā, mansurā, non immerito existimes. 2

Quibus † tamen non obstantibus, contrarium ego verius, semper credidi: imo quod monachus, etiam ordinis fratrū Minorum, nominare potest, non minus, quam deportatus, bannitus, & excōmunicatus, *de quibus supra,* quibus hanc nominandi potestatem concedimus, tanquam in facto cōsistentem, cuius & monachus, etiam frater Minorum capax est, *vt tradit Bart. in l. Cum pater. §. hereditatem. ff. de leg. 2. quem ibi sequuntur Imola, & Paulus, idem Bart. in tractat. Minori lib. 3. distinct. 1. cap. 1. & 4. Anchar. cons. 202. Alexan. cons. 57. col. pen. cum seq. lib. 2. Couarr. in c. tua, nu. 1. de testam. Ripa in l. ex facto. § si quis rogatus. 2. nu. 5. ff. ad Trebell.* vbi etiam Roma citat, & post Gandensem, firmantem cōmunem. *Mencha. lib. qq. illust. c. 98. nu. 1.* Quorum sententiam probare certe videtur Romanus pontifex, *in clem. exiui de paradiso. §. verum, de verbor. signif.* vbi in terminis statuit, hisce fratribus minoribus committi recte posse pauperum electionem, inter quos bona, iuxta defuncti voluntatem, distribuātur. Quo argumento idem sane respondendū est, in casu nostro, vt nominare, & eligere recte valeat, ad quem sit emphyteusis peruentura. Quæ fuit sententia addi. Pauli, *in l. vnum, ex familia, in princ. num. 4. ff. de legat. 2. ex auctoritate Roma. consi. 228. Angel. 64. & Socin. 11.* & tradit *Gamma. q. 377. inter fratrem. nu. 3.* inferens 3

ferens proinde posse monachum, emphyteutam
constitui.

4 Sed † quoniam nihil est absq; controuersia, in
hoc contrarium resoluit Bald. *in auth. ingressi. col. 2.*
C. de sacrosanct. eccles. Cardin. in d. §. verum, Felin. in c. pen.
col. pen. de constit. & hanc veriorem opinatur senten-
tiam Ripa, *in d. l. ex facto. §. si quis rogatus, in 2. nu. 5. pon-*
derans. tex. in *d. clem. exiui, §. dubitauerunt,* ibi, *ne aliquo*
modo oculum viderentur habere ad bona. Vbi non solũ
hisce fratribus minoribus interdicitur bonorum
temporalium administratio, verumetiam, ne quo
modo ad ea retro oculos flectãt, prohibetur, quæ
ratio militat, non modo, quando isti fratres exe-
cutores testamentarii officio fungi non dubitant,
verumetiam illis est commissa electio personarũ,
inter quas distribui bona debent. Possunt enim e-
ligere sibi propitios, cum quibus lucri participes
fiant. Quæ fuit obiectio Bald. *lib. 5. cons. 399.* cuius
authoritate hanc sententiã magis videtur proba-
re Grego. Lopez. *in l. 2. tit. 10. par. 6. verbo, Frailes,* se-
quũtur quam plures alii, quorum meminit Men-
cha. *d. c. 98. lib. qq. illu. col. 2. versi. contrariam.* inter quos
Burba. *in c. sua nobis. nu. 9. & 10.* hanc communem te-
statur. Sed, siue hanc, siue illam teneat, studio sus
lector sententiam, quam ibidẽ Menchaca, sequẽ-
dam vtĩ veriorem magis communem censet, sine
scrupulo tenendum est, posse nihilominus huius-
modi monachum ad emphyteusim, quam habe-
bat ante professionem, nominare: quia in hac no-
minatione, & electione cessat omnis auaritiæ sus-
picio, & quærendorum bonorum ambitio: si qui-
dem per eam magis nominans, a se abdicat bona,
quam acquirit, nominatio vero, quia in facto cõ-
sistit, fieri ab eo fratre professo potest, *ex Bar. sententia cõmuniter recepta.* Imo, & ex Bal. contraria, sum-
to argumento a cessante ratione. Nam si conside-
ras, a Bar. Baldus & sequaces recedũt, quia in præ-
dicta pauperum electione, potest inesse fraus, nec
prorsus abest sinistra suspicio, quæ sine dubio,
procul abest in emphyteutica nominatione.

5 Ex † quibus vtiliter resoluitur nominationem,
reuocabiliter factam ab eo, qui postea ordinem,
seu religionem capacem professus est, ab eodem
reuocari recte posse, quo illa sic reuocata vti libe-
re, & frui pro tempore vitæ suæ, emphyteutica cõ-
cessione monasterium possit, siquidem in ordine
bonorum capace, saltem in communi, cessat dis-
positio *d. clem. exiui. de verbor. signif.* & illius prohi-
bitio. Poterit ergo eius monachus, semel factam
nominationem reuocare, & variando, alium no-
minare, secundum formam l. Reg. *lib. 4. tit. 63.* con-
iunctis his, quæ tradit Soarez *allegatione. 29. fol. 9.*
col. 2. & seq.

6 Cuius † oppositũ videtur mihi sane obseruan-
dum, in monacho fratrum Minorum, qui licet *per*
suprascripta possit post professionem nominare, ta-
mẽ ante factam nominationem, reuocare illi mi-
nime licebit, renitente prohibitione d. *clem. exiui.*
& sinistra participationis fructuum suspicione,
quam euitare is monachus neutiquã potent, qui
semel factam nominationem variãdo, alium no-
minare contendit: quæ quidem suspicio, non tam
facilis, & probabilis est, quando nullam fecit no-
minationem. Quam licet concedamus, non pro-
inde concedere oportebit, quod semel factã ante
professionem, reuocando possit, aliam facere. Si-
quidem in hac probabiliter procedit prohibitio-
nis ratio, d. *clem. exiui, de verbor. signif.* quo fit, vt cum
ratione resoluamus, nominationem factã ab eo,
qui religionem fratrum Minorum fuit ingressus,
illius professione confirmari, non minus quam
morte naturali, cui professio comparatur: *vt in iu-*
ribus iam supra citatis habetur, tradit Soarez. alleg. 20.
fol. 4. col. 1. versi. forte aduocatus. Mencha. lib. de success.
creat. §. 21. num. 171. Et hæc fuit sententia Bart. *in l.*
cum pater. §. hæreditatem, in fine. ff. de legat. 2. respon-
dentis, grauato hæreditatem restituere post mor-
tem, professo religionem fratrum Minorum, au-
diendum statim esse fideicommissarium hæredi-
tatem petentem, vbi Bart. se refert ad scripta *lib. 4.*
Minor. & post alios probauit grauissimus iurecon-
sultus Gonçalus Valascus *in d. l. ex facto. §. si quis ro-*
gatus. ff. ad Trebell. col. 3. conueniunt, quæ post alios
tradit Decius *in c. in præsentia, de probat. num. 67. versi.*
prædicta. & nu. seq. vers. 7. cui addo bonum text. *in l.*
Deo nobis. 42. § si vero. C. de episcop. & cleric. tradit Rum.
in l. Gallus. §. & quid si tantum, num. 6. firmans cum
Alexand. *lib. 3. consi. 13.* Bart. sententiam in *d. §. hære-*
ditatem, communem esse, licet contradicant Imol.
in d. §. hæreditatem, & Costa. in c. si pater. verbo si absq; li-
beris, nu. 61. pag. 159. & Mencha. d. nu. 171. & Alex. d. §. ex
facto Rubeus, consi. 155. in princ.

Quę † omnia sane, restringenda sunt ad fratres 7
Minores, prorsus incapaces, *per adnotata in d. clem.*
exiui. de verbor. signific. non vero procedunt in aliis
etiam mendicantibus, qui vel in communi, possi-
dere bona possunt, vel ita habere, vt infra certum
tempus teneantur vendere, *vt tradunt Corneus, lib.*
2. consi. 117. & Decius, in c. in præsentia. de probat. num. 69.
quorum resolutio vtilis est ad l. Reg. *lib. 2. tit. 7.*

Et † iuxta hanc distinctionem, vt id procedat, 8
in monacho ingresso religionem, capacem in
communi, intelligendi sunt interpretes nostri, qui
firmo pede (*vt aiunt*) resoluunt, per ingressum re-
ligionis, infirmari testamentum prius factum, &
consequenter hæredem in eo scriptum, excludi
per monasterii, cuius religionem defunctus fuit
professus, quæ fuit sententia gl. *in auth. si qua mu-*
lier. C. de sacrosanct. eccles. & in auth. de monachis. §. illud,
verbo, voluerit, collat. 1. glo. etiam *in c. si qua 19. q. 3.* qua-
rum gloss. sententia recepta communiter est, *teste*
Imola, in l. 1. num. 21. de testam. Iaso. d. auth. si qua mulier.
num. 17. ad finem, de sacrosanct. eccles. tradit Rubeus, consi.
155. num. 2. & Mencha. lib. qq. illu. cap. 102. num. 2. fir-
mans communem, quam opinionem iuuat, si cõ-
sideres, quod is, qui religionem profitetur transit
in potestatem abbatis illius monasterii, quare mi-
nimam saltem patitur capitis diminutionem. §.
minima, Instit. de ca. di. Bart. d. auth. si qua mulier, num. 6.
& Ias. 17. qua quidem capitis diminutione, prius
factum testamentum rumpitur. §. *alio. Instit. quibus*
mod. test. infir. quo irrito facto, tantum pro mona-
sterio ab intestato, iudicandũ est, quoniam † loco 9
filii habetur, *auth. nisi C. ad Trebell. c. in præsentia, de*
probat. gloss. verbo, liberos, d. auth. si qua mulier. Mencha.
in tracta. de successionum crea. § 21. nu. 166. cum seq. Filiis
autem successio ab intestato defertur, imo, & eo-
rum agnatione, factum testamentum, rumpitur. *l.*
Certum, in princ. ff. de iniusto. rupto. Vnde si forte ha-
bens emphyteusim, quempiam reuocabiliter no-
minauit, & deinde religionem profiteatur, vtri-
que respõdendum est, nominationem infirmari,

ipſumque monaſterium, ad vitam ſaltem monachi, empbyteuſi potiturum. Nam quemadmodũ teſtamentum, ex ſupradictis infirmatur, ita etiam infirmari debet nominatio, & quid ſimile, ad mortem vſq; reuocabile, dummodo tamẽ monaſterium ſit bonorũ capax, non ordinis Minorum.

10 Quibus † tamen non obſtantibus, tanquã verius quidem oppoſitum defendi poteſt, imo quod teſtamentum non rumpitur profeſſione, ſed magis illa confirmatur per tex. *in auth. de monachis. § illud. colla. 1. & in auth. nunc autem. C. de epiſc. & clericis*, ibi, *Cum monachus factus eſt, hoc ipſo ſuas res omnes obtuliſſe monaſterio videtur, ſi prius teſtatus non ſit*, quæ fuit ſententia Anton. & Panorm. *ibi nu. 52. de probat. Felt. nu. 54.* & eſt communis reſolutio Canoniſtarum, *ſecundum Alciat. in fine Rub. ff. de lib. & poſthu. poſt Aretin. l. 1. nu. 4. ff. de teſtam. tradit Viglius, in prin. Inſtit. quibus non eſt permiſſ. fa. teſtam. Molin. lib. 2. primogen. c. 9. nu. 44. Mecha. lib. qq. illu. c. 102. num. 2.* Quæ opinio, vt defendi recte poſſit, adductis in contrarium reſpondendũ eſt, ſcil. capitis diminutionem in melius non rumpere teſtamentum, *l. ſi quis filio. § fin. & ibi Paulus ff. de iniuſto rupto.* Quare per religionis profeſſionem, non infirmatur teſtamentum, *vt Bart. voluit in d. auth. ſi qua mulier. C. de ſacroſanct. eccleſ. num. 6. Decius, in c. in præſentia, de probat. num. 61.* Quod autem diximus, loco filii monaſterium haberi, improprie loquendo procedit, qua ratione id vnum iure ſtatutũ reperitur, monaſterium excludere ſubſtitutum, ſi forte grauatus ingrediatur religionem, *c. in præſentia, de probat. vbi Imol. nu. 13.* licet Panorm. *ibi num. 40.* dicat, non id probare, intelligẽs, quod ibi tantum enarratur allegatio partis, non vero ponatur iuris deciſio: ex quo plura ſequerentur abſurda ex Felin. *ibi nu. 42. Ripa in l. ex facto. § ſi quis rogatus, nu. 37. Tiraq. in l. ſi vnquam. verbo, liberos, num. 47.* Ex quibus conſtat hanc eſſe communẽ ſententiam, de qua Mencha. *de ſucceſſ. creat. § 21. num. 166. cum ſeq.* Hoc interpretes noſtri intelligunt procedere, ex eo, quia grauans id videtur voluiſſe, quoniam ſi interrogatus fuiſſet, id certe reſpondiſſet, *ex auth. de ſanctiſſ. epiſc. § ſed hoc præſenti, colla. 9. tradit Couarruu. lib. 1. reſolut. c. 19. nu. 11.* & fuit ratio Pauli, *in auth. niſi. C. ad Trebell. num. 3.* fundata, in ſpirituali commodo, & vtilitate, quam inde teſtator eſt coram Deo conſecuturus, *iuxta adnotata in c. iniuſtum. & c. mancipia, de rerum permutat.* quæ verior ratio eſt, quam illa Bart. d. auth. intelligentis grauantem, hæredem ſi ſine filiis decedat, hæreditatem reſtituere, turpem conditionem adieciſſe, per quam videtur noluiſſe poſſe hæredem religionem profiteri: quare illa tanquam turpis conditio, vt credit, reiicienda eſt, quam ibidem probauit Aretin. *& in d. cap. in præſentia, de probat. nu. 69. & Felin. 36. Pariſ. 137.* a quibus ibidem recedit, & bene Decius, *nu. 38. verſi. pro reſolutione. Corneus d. auth. niſi. nu. 2. C. ad Trebell. & latius lib. 4. conſi. 253. nu. 8.*

11 Ex † quibus reſoluitur, vbi conſtiterit teſtatorem voluiſſe, ſubſtitutum admitti, monaſterium audiendum non eſſe, *ex Paulo d. Auth. niſi. C. ad Trebell. & ibi Corn. nu. 1. & 2. idem Corn. in conſ. ſupra citato, Alex. conſ. 35. nu. 1. lib. 3. & conſ. 121. nu. 13. lib. 2. Decius d. c. in præſentia. & in conſ. 159. num. 3. & 419. nu. 2. & 426. nu. 2. Aymon conſ. 152. Boer. q. 358. Gratus conſ. 111. nu. 50. Socin. Iun. conſ. 160. num. 7. lib. 2. Galeaula in l. Gallus. § & quid ſi tantum, nu. 17. de lib. & poſthu. Couarr. lib. 1. reſolut. c. 19. nu. 7. cum ſeq.* Quod ita reſoluendum puto, licet contradicãt Pan. Felin. & Pariſ. *ſupra citati*, pro quibus minime facit tex. *in Auth. de ſanctiſſi. epiſcopis. § 2.* quia procedit ex coniecturata defuncti voluntate, *vt adnotauit Ripa in d. § ſi quis rogatus, l. ex facto. ff. ad Trebell. num. 39. ad finem*, non etiam monaſterium excludit filium teſtatoris ſubſtitutum, *tradit late Tiraquell. in l. ſi vnquam. C. de reuoc. donat. verbo, libertis, nu. 91.*

Vnde † aliquando ſequutus Decium *conſi. 259.* 12
num. 2. reſpondi non eſſe audiendum monaſterium, quando ad ſucceſſionem fideicommiſſi, Capellæ, ſeu maioratus, fuit vocata familia, quo caſu intelligo, noluiſſe teſtatorem admitti monaſterium, quæ voluntas, per ſuprascripta, monaſterium excludere recte valet, vt nominatim adnotarunt Pala. *in Rub. de donat. inter virum & vxorem. § 16. num. 14. Couarruu. d. c. 19. num. 11. lib. 1. reſolut. Mencha. de ſucceſ. creat. § 21. num. 169. Gomez. in l. Tauri. 40. num. 66.* reſoluentes poſſe teſtatorem prohibere, ne ullo modo ſuccedat clericus, aut monaſterium, cui alias eſt concedenda ſucceſſio, *vt tradit Cyrier. lib. 1. de primogen. quæſt. 24. num. 10.* quibus addo Molinam *lib. 2. de primogen. cap. 12. num. 54.* de qua re nos alibi fuſius diximus in noſtro tractatu, de ſingulari primogenitorum origine, & ſucceſſione regni Portugalliæ *quæſt. 21.* quare cum Decio *d. conſi. 259. num. 2.* quem ſequitur Ripa *d. l. ex facto. § ſi quis rogatus, nu. 40.* cõcludendum eſt, audiendum non eſſe, monaſterium huiuſmodi fideicommiſſi, ſeu maioratus ſucceſſionem petens.

Eodem † etiam ſumto argumento, idem ali- 13
quando reſpondimus, obſeruandum in emphyteuſi, ad cuius ſucceſſionem non eſſe audiendum monaſterium dicebamus, tanquam perſonam potentiorem, & in iure prohibitam, ex veroſimili concedentis voluntate, imo & fere ſemper expreſſa, quod tradit Iulius Clarus *lib. 4. recept. ſentent. § emphyteuſis quæſt. 33. & quæſt. 28. verſi. tertius caſus* (ſecus ſi eſt ſecularis) & Burſatus *conſi. 60. num. 29. vol. 1.* Solet enim in his emphyteuticis conceſſionibus addi clauſula, quod emphyteuſis non tranſeat in perſonam potentioris, ſeu maioris conditionis, *vt infra ſuo loco tractabimus.*

Verum hæc reſpectu perpetuæ ſucceſſionis procedere, intelligenda ſunt, quæ ad monaſterium, minime tranſit per ſopra ſcripta, tranſit tamen maioratus, capellæ, ſeu emphyteuſis interuſurium, quoad vixerit monachus, vt in ſpecie reſoluit Fortunius Garſia in *l. Gallus. § & quid ſi tantum, firmans communem numer. 10. Galea. 17. & Ruin. 18.*

Quod † tamen intellige, niſi Maioratus vel 14
emphyteuſis aliquã habeat annexam iuriſdictionem, quemadmodum habent Regna, Ducatus, Marchionatus, & ſimiles dignitates, & in his Regnis pleriq; Maioratus a Regia corona procedentes: hæc enim ad monaſterium non tranſeunt, *ex Cyrier. lib. de primogen. 3. q. 4. nu. 15. Gomez. d. l. 40. Tauri. nu. 66. Ita Burſat. conſ. 60. num. 34.* qui loquitur in emphyteuſi eccleſiæ, *ex Ancha. conſ. 165. & duobus ſeq. & 420. gloſſa in Auth. ingreſſi. & c. in præſentia, de probat.* Obtinebit igitur extra hunc caſum, monaſterium fructus, & vtilitatẽ Maioriæ, quamdiu vixerit monachus, quemadmodũ & fruitur vſufructu: quem vſufructuarius tantũ monachus, ante monachatũ habebat, ſecundũ quod placuit gl. magnę *in Auth. idem eſt, C. de bonis quæ liber.* communiter receptę per

Iaſ. in

Iaf. in Auth. qui rem, C. de sacrosan. eccles. num. 36. Gome. in l. 48. Tauri. num. 8. Carolus in consu. Pari. §. 41. num. 82. Rosellus in repet. d. Auth. ingressi, col 8. in fine. Ex quibus suspecta redditur Couarru. sententia, *lib. 1. resolu. cap. 19. num. 11.* resoluentis, vocatum sequentem in gradu de familia, excludere monasterium, etiam quoad vsumfructum fideicommissi. Quam ego traditionem sine scrupulo admitterem, quādo possessor Maioriæ, fuit ingressus religionem fratrum minorum, omnino bonorum incapacem ex Fortunio, Ruino, & Galeatula supra proxime citatis, & ibidem Croto, atque etiam Ripa, *in l. Ex facto, §. si quis rogatus, num. 42. ff. ad Trebell. Tiraq. in l. Si vnquam, C. de reuocan. dona. verbo, liberos, num. 102. & 106.* & hæc est communis resolutio, quam sequitur Decius *consi. 419. num. 2. & 259. tradit Molin. lib. 2. de primog. cap. 9. nu. 42. cum seq.* licet repugnent Ang. *consil. 91. num. 3.* & Corneus, *lib 4. consil. 153 num. 8.* intelligentes in hac specie interusurium Maioriæ, in pios vsus conuertendum esse, non sequenti in gradu concedendum: quod etiam Crotus & Ripa *in dictis locis*, magis videntur probare.

15 Ex his † itaque sic explicatis, si recte considerare, plane deducitur, verum esse, quod supra diximus in hac re nihil magis, quam voluntatem disponētis, attendendam esse, qui in dubio intelligitur, noluisse monasterium excludere, propter eommodum & spiritualem vtilitatem, inde procedentem, & sic procedit text. *d. c. in præsentia, de proba.* & ibi communis scribentium resolutio. Aliter si quæ adest in oppositum coniectura; voluntati disponentis adhærendum est, & protinus monasterio deneganda successio iuxta præcedentem interpretationem.

16 Vnde † ex mente Bart. *in Auth si qua mulier, num. 7. C. de sacrosan. eccles.* aduerto, quod vbi quis deliberatione ingrediendi religionem, testamentum fecit, vel aliter de suis bonis disposuit, omnino monasterio neganda est successio per tex. *in Auth. de monachis, §. illud cum aliis*, quia tunc videtur excludere voluisse monasterium non minus, quam donans filios futuros, quorum cum donauit, meminit: aut de quibus tunc temporis cogitauit; non obstante dispositione, *l. Si vnquam, C de reuo. donat.* quæ in hac specie limitatur, *secundum Bart. in l. Titia. §. Imperator, ff. de leg. 2.* Communem Bart. & Bald. *l. 1. C. de inoffic. donat.* & est communis resolutio, *teste Grego. Lopez. in l. 8. glo. 2. tit. 4. part. 5. tradit Tiraquell. in prin. d. l. Si vnquam de reuo. donat. num. 61. & Curt. senior consil. 1. & Barba. in l. Cum acutissimi, C. de fideicom. a n. 2. sequitur Bart. d. num. 7. Decius d. c. in præsentia, nu. 61. de probat.* dicit communem Couarru. *in cap. 2. num. 5. de testam. Mencha. lib. qq. illust. cap. 101. post nu. 2. versi. itaq;*, qui omnes probant oppositum resoluendū esse, quando nulla religionis ingressus commemoratione, ille fecit testamentum, quia tunc monasterium, quasi filius testamentum rumpit. Concordat Iaf. *d. Auth. si qua mulier, num. 21.* vbi communem firmat, communemq; esse testatur Imola *in cap. 1. num. 11. de testam.* & Iulius Clarus *lib. 3 sentent. §. testamentum, q. 28. versi. sed retenta, & Molina lib. 2. de primogen cap. 9. n. 44. Beroius d. c. in præsentia, de probat. num. 516. cum seq.* Quo tamen in loco Molina contrarium verius arbitratur, imo quod professione testamētum prius factum non infirmetur, siue eo tempore monachus cogitauerit de religionis ingressu, siue non ex auctoritate Imperatoris *in Auth. nunc autem, C. de episc. & cler.* indistincte disponentis prius factum testamentum professione religionis non infirmari, quod minime fecisset, si intellexisset, eam cogitationē attēdendā esse. Tum etiam quia testamenta sola voluntate defunctorum nō infirmantur, nisi solennitas testamentaria accedat, *tex. in §. ex eo autem. Instit. quib. modis testa. infir & in l. Sancimus, C. de testa.* Quare iuste a Bart. resolutione recesserunt, *in d. c. in præsentia post Butri. Panor. n. 52. Feli. 54. & Dec. 61. in fin.* quib. obesse (inquit) minime potest monasteriū loco filii habendū, & proinde ad instar posthumi testamentū rumpere, *vt notatur in Rub. ff. de lib. & posthu* quoniam asserit eā traditionē, solum procedere in casib. a iure expressis, *vt ibi per eum, & n. 40.* Is autem casus nullibi reperitur, traditus, Ergo, &c.

Vnde † Moli. *d. c. 9. n. 45. cū seq.* aliter resoluit, firmiter tenēdū esse, testamentū professione religionis sequuta nō infirmari, *per tex. in auth. nunc autē, C. de episc. & cler.* maxime si factū sit sub cogitatione futuræ professionis, quo casu excludere monasteriū, voluisse monachus visus est, *ex Bal. Fulgo. & Dd. communiter d. Auth. si qua mulier, C. de sacrosan. ecclesiis, Guli. in c. Raynutius verbo, in eodem testamēto, in 2. n. 24. de testa Bero. d. c. in præsentia de probat num. 517.* 17

Vbi † vero religionem ingrediens nominatim, & expresse se, & sua bona monasterio dederit, vtique oppositū respondēdū est, ipsumq; monasteriū omnia bona obtenturū, hęrede testamentario prorsus excluso non minus, quā si cuipiam extraneo bona sua testator donasset; aut aliter alienasset: quo casu debet limitari dispositio *d. Auth. nunc autē*, necessario restringenda ad casum, quo nō explicata voluntate testator simpliciter fuit religionē professus. In qua specie nō dicitur testamentū reuocatum *ex rationib. allatis supra.* Non sic, quando ille expresse illa alienando, monasterio dedit, vt nominatim resoluit Iulius Clarus, *lib. 3. sententia. §. testamentum, q. 28. vers. retenta, Molin. d ca. 9. n. 45. cum seq. li. 2.* firmans esse de mente Pan. Deci, ac Bero. *d. c. in præsentia*, pro quib. addo bonum tex. *in l. pen. § fin ff. de bonorum possess. secundum tabulas.* 18

At † quia iam supra resoluimus eo casu, quo testamentum nō infirmatur per ingressum religionis sperandā esse mortē naturalem monachi, quia interim fructus hæreditatis monasterium consequitur, & facit suos, aduertendum est, id etiā pendere a testātis voluntate, qui si voluit statim facta professione, hæreditatem ad hæredem pertinere, ille excluso monasterio eā habebit, vt notabiliter consuluit Rubeus, *cons. 155. n. 4. cum seq.* qui exemplum ponit in eo, qui dixit, velle se ante professionē de suis reb. disponere, ne inter suos vlla oriatur lis post emissam professionē, vbi idē probat, quādo post ingressum ante tamen professionē fuit ille testatus: secundū quod sane intelligendi sunt auctores, qui expectandā esse mortē naturalem opinantur, vt substitutus admittatur, *argumento l. Statius Florus, §. Cornelio Felici, ff. de iure fisci. & l. Cūpater, §. hæreditatem, ff. de leg 2. l. Ex facto, § ex facto, ff ad Treb. vbi Alex n 5. & 6. Ripa 12. & Costa in c si pater, de testa. in 6. verbo, si absq; liberis, n 61. versi his tamē pag. 159. rursus in §. & quid si tantum 2. part. l. Gallus, ff. de liber & posth. n. 12. Mencha. li. de success. crea. § 21. n. 171.* qui tamē intelligunt, expectandā esse mortē naturalem, quæ 19

FF

receptior videtur esse opinio nouiorum volentiū interim bona restitutioni subiecta, possidēda esse ab hæredib. ab intestato, monacho venientib. & qui succedere debuissent: quāobrē secundū eorū sententiā, si emphyteuta ordinis Minorū, religionē ꝓfiteatur emphyteusis, q̄ habebat, penes hæredes ab intestato erit, donec ille decedat, nō statim ad dominū reuertetur, quæ vtilis ꝓfecto resolutio erit, & adnotāda pro limitatione tex. in isto tit. § 3. quatenus hæredib. transuersalib. ab intestato succedentib. negat emphyteusim, domino directo illam cōcedens, vt intelligatur expectata morte naturali, non statim emissa religionis professione.

20 Sed † iam sese offert vtilis admodum & celebris quæstio, *vtrum emphyteuta possit per procuratorē quempiam ad emphyteusim nominare?* Et procul dubio ex iam supra resolutis videtur respondendum posse: siquidem, vt iam diximus pater pro filio tutor pro infante, & eius nomine eligere, seu nominare ad emphyteusim possunt, ꝗ ita, quasi indubitatū grauissimi nominis viris placuit. Ego tamē contrariū verius esse cēnseo, & lōge ꝓbabilius ex sequentib.

Et primo obstat emphyteuticarum concessionum forma, cuius lex ista Regia meminit, ibi, scil. *qual elle nomear, &c.* i. e. *quam ipse nominauerit*, vel etiā *pera vos & pera huma pessoa, que vos nomeardes em vossa vida, ou aa hora de vossa morte, & outra terceira pessoa, que, este por vos nomeado, escolher*, i. e *tibi & alteri personæ, quam nominaueris in vita aut tempore mortis, & alij tertiæ personæ, quā iste per vos nominatus elegerit*, vel etiā *pera vos, & vossa molher, & hum filho, ou filha dantre ambos, que o postrimeiro de vos nomear. &c.* i. e. *tibi & vxori tuæ, & filio vel filiæ amborum, quem vel quam postremus vestrum nominauerit.* Quæ omnes concessionum formulæ in his regnis pluſquā vsu receptæ conditionē quandā continere videntur, quasi dictū sit, *concedo tibi Petro hanc rē in emphyteusim pro tempore vitæ tuæ, & pro vna persona alia, si illam nominaueris, vt nos infra suo loco tractabimus.* Quæ cōditio formā inducit specifice non per æquipollens adimplendā, *iuxta tradita in l. Qui heredi. 44. ff. de cond. & demonstra.* vbi conditionaliter seruo aliquis iussus est dare, eius domino præstans nō liberatur, *tradunt Dd. ibi, & in l. Gallus, § & quid si tantum, ff. de lib. & posth. & in l. Cum filio, ff. de leg. 1. vbi Bart. n. 5 Soci. 23. Aymon 1. par. n. 166.* Quo argumēto emphyteuta minime dici potest, conditioni satisfecisse, nisi per se ipsum eligat, & secundum emphyteutam nominet, quasi hoc casu, videatur eius electa personæ industria.

21 Quod † eo maxime cōprobatur, si consideras, ꝗ eligere, seu nominare secundā vel tertiā personā consistit in animo & voluntate eligere debentis, vt iam supra resoluimus, qua ratione personalis quidē est. Recetus personam egreditur, vt tradit Bart. in l. Paulus, ff. de acqu. hered. siquidem omnia consistentia seu pendentia a libera mea voluntate, nō posse per aliū, quam per me ipsum expediri. Qua ratione passim interpretes nostri negant per ꝓcuratorem adiri hæreditatem posse, quia consistit in animo & voluntate adire debentis, quæ voluntas cōmitti alterius voluntati non potest, *l. sicuti, ff. de arbi. tradit Barba. late in Rub. C. qui admit. a n. 129. Crotus in l. Non solum, § morte, ff. de noui operis nunc. n. 36. & ibi Rubeus n. 186. cum seq. Duar. li. 2. dispu. c. 27.* Qua ratione nec hæredis institutio, nec executoris testamentarij constitutio, aut tutoris datio, per alium exerceri potest secundū quod Hispani interpretes tradunt *in l. 31. Taur.* personalia enim sunt, nec aliis committi possunt, *glo. in l. Quicquid adstringendæ, ff. de verbo. oblig. & l. Idem Pompon. scribit, § fin. ff. de rei vindic.* tradit Bart. *in l. Quidam relegatus, n. 6. ff. de reb. dub.* resoluens, minime posse testatorem cuipiam sui testamenti executoris electionē cōmittere, *Bal. in l. Id quod pauperib. C. de episc. & cler. n. 5. versi. modo iuxta prædicta. tradit Soci. d. l. Quidam relegatus, n. 16. & Tell. d. l. 31. Tauri, ante nu. 6. cum seq. qui plures refert:* omnia n. personalia cedi nō possunt, *vt post Alex. tradit Ias. in l. 1. § si a n. 5. ff. de nou. operis nunc.* Atqui eligendi potestas alicui cōcessa est personalis, & personæ commissarii cohæret, *vt in l. si stipulatus 76. ff. de verb. oblig. & in l. fin. eod. tit.* Quo argumēto in proposito vtitur Ferra. *in sua praxi, in libello vend. verbo. cessit ad finem*, intelligēs proinde, quod iurium cessio fieri per procuratorem non potest. Ex quib. sane resoluendū est per procuratorem huiusmodi nominationem, seu electionē emphyteuticam fieri nō posse, quia ꝑsonalis est, & in volūtate cōsistit, & ab ea pēdet.

Dicebam † tamen id intelligendū esse, nisi pro- 22
curator, speciale ad id habeat mandatum ex Bart. auctoritate *d. l. Si stipulatus, ff. de verb. oblig.* vbi asserit, quod licet verum sit huiusmodi eligēdi potestatē cedi alii nō posse, tamē quæ cedi non valent, quia personalia sunt per specialem ad id procuratorem cōstitutum exerceri possunt, *l. Qui ita, § 1. ff. ad Treb. l. Restituta, § 1. eod. tit. l. Si n. ff. de procur.* Bart. in hoc sequuntur Ang. Paul. Alex. & Ias. *ibi n. 7* videndus & Igneus *in l. Dudū, C. de contrah. emt. n. 40.* vbi postquā *n. 36. cū seq.* resoluit ius & potestatē eligēdi nō posse cedi, quando ꝓcedit ab hominis cōcessione *c. si cui de offic. deleg. lib. 6. c. fin. § si autem, eod. tit. in antiquis*, nō sic si a lege, *vt in c. in causis, de elect.* Igneus *d. nu. 40.* respondet per procuratorem specialē eum posse eligere, qui cedere ius eligendi, nō potest: concordat Crot. *in d. l. Non solum, § morte, n. 37 ff. de noui operis & Bracheus Aphorismo 210.* Nec hoc mirum, quoniam & qui habet ius præsentandi ad vacatura beneficia ad id procuratorem constituere potest, *tex. in c. fin. de concess. praben. tradit Rochus lib. de iurepatro verbo, honorificum, n. 28. cum seq. post Panor. d. c. fin. n. 5. Cacol in consu. Pari. § 37. glo. 10 nu. 37.* Quam sententiam iuuant, quæ scripsit Ias. *in l. Gallus, § forsitan a nu. 6 ff. de liber. & posthu.* ex multis resoluens patrimonialia, seu patrimonium concernentia, posse per procuratorem exerceri, idque meo quidem iudicio, tenendum est.

Illud † in proposito notabiliter Tellius obser- 23
uauit *in d. l. 31. Tauri, n. 5. in fine cum seq. & in l. 33. nu. 4.* sufficere ad mandati validitatem, quod procuratori sit mandatum, vt eligat incertum de certis.

Ex quo etiam ibidem *in l. 34. nu. 1.* resoluit, quod is procurator non potest reuocando nominationem a domino factam, alium nominare. Imo si semel nominauit, functus est officio suo, nec amplius potest variare, licet dominus possit, *Tellius ibi in l. 35. num. 1.*

Deniq; si concurrant nominatus a domino, & a procuratore, ille præfertur, quem dominus nominauit, quia procuratorē ad nominandum constituens, non a se abdicauit, nominandi facultatem, *vt tradit Mencha. lib. de success. crea. § 16. num. 96. coniuncto n. 88.* Sed iam ad Ordinationis Regiæ, interpretationem propius accedamus.

ARGV-

ARGVMENTVM.

Nominatio emphyteutica an inducatur ex hæredis institutione.

SVMMARIA.

1 *Hæres institutus, dicitur nominatus.*

2 *Grauatus eligere, seu rem relinquere vni de familia, & sic incerto de certis, scribens aliquem hæredem, videtur simul eum nominasse.*

Is qui sibi, & alijs a se nominandis stipulatus est, hæredi videtur reliquisse, eumque nominasse, si nullum alium nominauerit.

3 *Ampliatur hoc in emphyteusi ecclesiastica, licet subtilissimus Costa contrarium fuerit opinatus.*

4 *Interpret. Ordinatio Regia, lib. 4. tit. 62. §. 3.*

5 *Statuta laicorum non ligant ecclesiam, nec personas ecclesiasticas.*

6 *Concessio pro eo, quem nominabit, est conditionalis, si nominabit.* (cessione.

7 *Pacta seruanda sunt maxime in emphyteutica con-*

8 *Forma inuestituræ semper attendenda est.*

9 *Vbi emphyteuta non nominauit, emphyteusis extinguitur.*

10 *Emtio facta pro eo, quem nominabo, infirmatur nullo nominato.*

11 *Ecclesiæ contractus regulatur à consuetudine regionis.*

12 *Consuetudo mixta ligat ecclesiã, vel etiam lex recepta.*

13 *Statuta laicorum ligant emphyteusim ecclesiasticam, quando agitur de illius successione.*

14 *Lex generalis, fauorabilis, iuri pontificio non contraria ligat ecclesiam, & eius bona.*

15 *Hæres dicitur nominatus.*

16 *Incertitudo vitiat legatum.*

17 *Relatiuum adiunctum verbo futuri temporis nõ semper inducit conditionem.*

18 *Conditio non impletur per æquipollens.*

19 *Duo specialia non concurrunt.*

20 *Relatiuum etiam referens, quid incertum inducit conditionem.*

21 *Nominatio hæc a lege Regia inducta est ficta.*

22 *Interpretata l. Si plures, ff. de vsufr. legat.*

23 *Contractus ecclesiæ regulatur a consuetudine, quando sumus in dubio, non in claris.*

24 *Vbi quæstio est inter solos laicos, seruanda est lex ciuilis, quia non interest ecclesiæ.*

Quando ecclesia contendit emphyteusim extinctam esse recurrendum est ad ius canonicum.

25 *Emphyteusis pro modica pensione est concedenda, ideo eam extingui ecclesiæ semper vtile est, & fauorabile.*

26 *Filius ab ecclesia compelli non potest emphyteusim acceptare, & pensionem soluere.*

27 *Lex ciuilis noxia ecclesiæ illam non ligat.*

28 *Interpretata Ordinatio lib. 4. tit. 62. §. 3.*

29 *Interpretata, l. 4. C. de contrah. stipulatio. num. 29. & 30. & 33. 34.*

Interpret. l. Si mulier, C. de iure dotium, nu. 29. & 30.

Conditionalis stipulatio non transit ad hæredem ab intestato.

32 *Interpretata Ordin. Regia, lib. 4. tit. 62. §. 3. quatenus excludit extraneum hæredẽ, non est iuri contraria.*

33 *Lex 4. non potest ad materiam emphyteuticam induci.*

34 *Ordin. lib. 4. tit. 62. §. 3. remouet, collaterales a successione emphyteutica, & ascendentes admittit, & cur tam varie. Ab intestato succedens grauari potest.*

35 *Interpretata Ordinatio lib. 4. tit. 62. §. 3. & in quo iuri communi repugnet.*

36 *Legitimatus cum clausula, quod succedat in eo, quod patri placuerit, non succedit ab intestato.*

In emphyteusi ecclesiastica concurrunt plura specialia.

Nominatio conditionalis non fit per actum fictum.

37 *Filia quæ renunciauit paternæ successioni in fauorem fratris a patre nominandi, illam consequitur, si pater nullum nominauit.* (procedit.

Successio ab intestato a lege magis, quam a defuncto

Delinquens non consentit pœnæ.

38 *Causa limitata habet effectum limitatum, & propterea si nullus nominetur, extinguitur emphyteusis.*

39 *Naturalis filius non capit emphyteusim ecclesiasticam.*

Interpret. Ordinatio, lib. 4. tit. 62. §. 4. quæ admittit naturales.

Naturalis nõ admittitur ad emphyteusim ecclesiasticã.

40 *Filius ab intestato emphyteusim capit licet non sit hæres patris.* (prælegati.

41 *Filius emphyteusim capit titulo particulari, seu iure*

42 *Hæreditatem licet repudiare, & emphyteusim capere.*

Improbatum regium Arestum.

43 *Filius hæres institutus non potest hæreditatẽ repudiare & emphyteusim capere.*

Filius emphyteusim petere non potest, antequam se immisceat hæreditati. (clesiæ.

Vera sententia præfertur communi maxime fauore ec-

44 *Vbi nominandi potestas est simpliciter data, ibi hæres ab intestato, dici potest nominatus.*

45 *Clausula, pro quibus dedero, est conditionalis.*

46 *Emphyteusis ecclesiastica concessa pro eo, quem nominabo, vel cui dedero, transit ad extraneos.*

Clausula, pro quibus dederit, transit ad extraneos.

47 *Cognatus ab intestato consequitur emphyteusim concessam pro eo, quem nominabit.*

48 *Concessio pro quibuscunque hæredibus includit extraneos ab intestato.*

49 *Facilior est successio ab intestato quam ex testamento.*

Res prohibita alienari, non transit ad hæredem extraneum institutum.

50 *Quare magis hæres ab intestato, quam ex testamento, consequitur rem prohibitã alienari extra familiã.*

51 *Res prohibita alienari extra familiam cognatus ab intestato non capit contra communem.*

Libertorum familia, quæ sit?

52 *Hodie cognati sunt de familia, & consequenter fœmina habet familiam.*

53 *Omne cessibile, est transmissibile.*

Potestas eligendi non ceditur.

54 *Nominatio, per quam proximus ab intestato videtur vocatus, & ad emphyteusim nominatus, impropria est, non vera.*

Prohibitio de non alienando, quemadmodum verificatur in alienatione impropria, ita etiam e conuerso permissio de alienando, seu nominando, quem voluerit, debet verificari in nominatione impropria, quæ fit per successionem ab intestato.

55 *Lex conficiuntur, ff. de iure codicillorum, an procedat per fictionem, an vero per præsumtionem.*

56 *Ordinatio Regia, lib. 4. tit. 62. in prin. quatenus emphyteusim cõcedit scripto hæredi iuri communi consonat, & ad emphyteusim ecclesiasticam est extendenda, siue concessio sit pura, siue conditionalis pro eo, quem nominabo.*

Emphyteuta, si intestatus decessit, ab intestato ei succedens, nominatus non videtur, nec conditioni illi, si nominabis, satisfactum est, & Ordinatio Regia ad profanam tantum emphyteusim, restringenda est.

57 *Filius petens emphyteusim debet se hæredem dicere.*
Hæreditatis immixtio necessaria non est ad consequendam emphyteusim.

QVÆSTIO VII.

1 EX his, quæ in præmissis quæstionibus disputauimus, intelliget Lector candidus, quantũ exactum, quantumq; superſit itineris peragendũ ad ſuſcepti operis institutum. Hæc igitur quædam veluti Progymnaſmata, & Iſagogas pro his, qui forum ingrediuntur, prælibaſſe ſatis ſit. Accedamus ergo ad ordinationis Regiæ declarationem. Et inprimis aduerto, quod hæc lex Regia loquitur, & procedit in conceſſione generali facta pro eo, quem primus emphyteuta nominabit, &c. vt colligitur ex illis verbis, ibi, *conuem a ſaber, huma qual elle nomear, & aquella que por elle for nomeada, poſſe nomear a outra, & aſſi dahi em diante*, id eſt, *ſcil. vni, quem ipſe nominauerit, & is, qui fuerit nominatus, poſſit nominare alterum, & ſic deinceps.* In qua ſpecie vtiliter lex iſta probat hæredem inſtitutum ab emphyteuta, dici nominatum ſub eo titulo generali inſtitutionis, & conſequenter emphyteuſim, quam defunctus obtinebat cum facultate alium nominandi ad eum pertinere, quaſi nominatum, in quo ſine dubio ortum habet ex Papiniani reſponſo, *in l. Vnum ex familia, 69. §. ſi duos, ff. de legat. 2.* vbi in principio illius l. ſpecies proponitur, in qua fuit quis grauatus vni de familia relinquere, & *in d. §. ſi duos,* I. conſultus quærit de quæſtione, *quid ſit dicendum, ſi grauatus nulli reliquit, ſed duos tantum de familia hæredes ſcripſit, vtrum hi quaſi nominati, conſequi rem illam debeant non minus, quam ſi nominati fuiſſent, an vero omnes de familia ſint audiendi, quaſi nullus fuerit nominatus ex regula l. Cum quidam, eod. tit.* Et reſpondet Iureconſultus, *pro iis quidem portionibus, quas iure hæreditario retinent, eos fideicommiſſum obtenturos,* & ibi notat Bart. *num. 2.* & Meneſius 8. hæredem ſcriptum, cenſeri tacite nominatum, ſeu electum ab eo, qui debet aliquem eligere, aut nominare, quod idem voluit Bart. *ibi in §. ſed ſi vno, & in §. ſed ſi fundum ante n. 1.* concordat Bald. *d. §. ſed ſi vno, & in l. 1. in fine, prin. ff. de pactis,* & communiter receptum hoc eſſe, aſſerit Segura, *d. l. Vnum ex familia. §. ſed ſi fundum, n. 154. Alex. in l. pen. in fine, C. de inſtit. & ſubſtit. & in conſil. 132. n. 2. vol. 6. Socin. in l. 1. § per procuratorem, n. 5. ff. de acqu. poſſ. Iaſ. in l. Stipulatio iſta, §. ſi quis ita, n. 2. ff. de verbor. obligat. & Dec. in l. fin. §. Labeo, n. 13. ff. ſi cert peta. & in conſil. 543. num. 3. & conſil. 333 num. 2.*

2 Ex † quibus ſane noſtram legem Regiam Luſitanam deductam eſſe intelligo, quatenus probat, hæredem ſcriptum cenſeri nominatum, vt ex illis verbis plane deducitur, ibi, *Aquelle que ficar herdeiro, fica nomeado ao dito foro, poſto que lhe outra nomeação nano ſeia feita,* id eſt, *ille, qui heres fuerit, remanet nominatus in prædicta emphyteuſi, quam aliter non nominetur.* Aduerto tamen textum, *in d. l. Vnum ex familia,* loqui & procedere, quãdo quis fuit grauatus, eligere, ſeu rem relinquere vni de familia, & ſic incerto de certis, quo caſu, cum de illis aliquem hæredem ſcripſit, non eſt mirũ ſimul videri eum nominaſſe. Quod nõ tam facile concedi poſſe videtur, in caſu d. l. Regiæ, quæ *vt ſupra proxime diximus,* loquitur in emphyteuta, qui debet eligere aliquem incertum de incertis. Quapropter multo magis ea lex Regia notabilis eſt, in cuius fauorē induci tur text. notabilis, *in l. 4. C. de contrah. & commit. ſtip.* vbi Ang. Bal. & alii reſoluunt, quod i ui ſibi & alii a ſe nominando ſtipulatus eſt, hæ idetur, reliquiſſe eumq; nominaſſe, ſi nullum alium nominauit per tex. ibi, quem ſingularē dixit Bal. *in l. 1. in fin. prin. ff. de pact. Iaſ. Alex. & alii ſupra citati, Pinell. in l. 2. C de bon. mat. n. 11. vbi Alex. Iaſ. Soci. atq; Hippoly. citat Sing.* 580. *quib adde, addi. Alex. li. 3. conſ. 29. n. 1. & li. 6. conſ. 232. n.* 7. contra Bertran. *li. 1. conſ. 90.* aſſerentē, hæredem nunquã videri nominatũ, contra quem pro communi, ego addo bonũ tex. *in l. Pactũ 9. ff. de prob.* ibi, *quia plerunq; tam hæredib. noſtris, quã nobiſmet ipſis cauemus,* quare cũ Bal. & aliis hanc ſentẽtiã ꝓbat Tell. *in l. 10. Tauri in fin. & Burgenſ. in l. 1. Tauri. n. 435 cum ſeq.*

Ex † quib. procul dubio reſoluendum videtur, legem Regiã *d. tit. 61. in prin. & §. 3.* non minus procedere in emphyteuſi eccleſiaſtica, quã ſeculari, 3
ſi quidem haberi hæredem ſcriptũ pro nominato, nec minus ab inteſtato ſuccedētē, iuris regulis & principiis valde conſentaneũ eſt, vt pluries noſter ſupremus Luſitaniæ Senatus iudicauit: licet ſerio contrariũ doctiſſimus Coſta Luſitanus, reſoluerit, *li. de ſucceſſione regni, pag. 103. cum ſeq.* quem iuuat Alex. *li. 1. conſ. 136. n. 9.* negans inſtituto, videri emphyteuſim relictã vere, ſed magis ſub generalitate hæreditatis. Intelligit Coſta, diſpoſitionē d. l. Regiæ, *ti. 61. in prin. li. 4.* quatenus hæredem habet & decernit nominatũ iuris cõmunis, correctoriã eſſe, & conſequenter ad emphyteuſim profanam neceſſario reſtringēdã eſſe ex regula, *l. Præcipimus, C. de appellat.* quam reſolutionē vti veram defendere: quidã doctiſſimus Conimbricenſis doctor non infeliciter tentauit, etiam in caſu d. l. Regiæ, *tit. 61. in prin.* aſſerens doctores eximios illius florentiſſimæ Academiæ, eam opinionē probare & tanquam veriſſimam colere, cui ego aſſentiri profecto non poſſum, ac proinde operæpreciũ viſum eſt ſubiicere argumenta, quæ me magis in contrariam ſententiam flectunt.

Hæc † pertractanda quæſtio non minus conuenit l. Regiæ *li. 4. tit. 61. §. 3. incipienti, & finandoſe* (vbi 4
ab inteſtato ſuccedens aſcendens, vel deſcendens pro nominato habetur) quam principio illius l. quatenus cuicunq; hæredi ſcripto, emphyteuſim quaſi nominato concedit. Vtriuſque. n. diſpoſitio eadem ratione procedit, quia hæres ſcriptus videtur nominatus, ſimiliter & ab inteſtato ſuccedens, quia ſecundum defuncti voluntatem, ille hæreditatem conſequitur, *vt in l. conficiuntur, ff. de iure codicillorum.* Eſſe autem eas leges regias reſtringendas ad emphyteuſim priuatam, & limitandas in eccleſia, vt ſubtiliſſimus Coſta opinabatur perſuaderi, ex multis poſſe videtur.

Primo, † quia ſecundum communem, & recep- 5
ptam noſtrorum traditionem, leges ciuiles, & laicorum ſtatuta & conſtitutiones, nec eccleſiã, nec eccleſiaſticas perſonas, nec eccleſiarum bona cõprehendunt, *vt habetur in c. quã in eccleſiarum, de conſt. & in c. Eccleſia S. Mariæ, eod. tit. vbi Feli. n. 81. verſi. ex hoc & Decius, n. 53. verſi. ſed breuiter,* licet oppoſitum placuerit Bart. *in l. 1. C. de ſumma Trin. q. 5.* contrã quem eſt communis ſcribentium ſchola, *teſte Couarru. in regul. poſſeſſ. §. 2. part. ll. 4. n. 8. verſ. tertiũ eſt.* Deficit. n. ſtatuentium poteſtas, qui & ſi velint ligare eccleſiam, & eccleſiaſticas perſonas non poſſunt, *Decius & alii in d. c. eccleſia S. Maria, & d. c. quã in eccleſiarũ, n. 6.*

vbi in

vbi in terminis asserit, non posse laicos disponere
super bonis ecclesiæ, quamuis eorum dominium
vtile ad laicos pertineat, (quo casu loquitur text.
ibi, in feudo, scil. laico concesso) idque ex eodem
Decio, *d. cap. Ecclesia, n. 15.* tam procedit in lege Im-
periali, seu a non recognoscente superiorem con-
dita, quam a quouis alio inferiore. Qua ratione
lex nostra Regia in d. locis necessario videtur re-
stringeda, vt solum procedat in emphyteusi pro-
fana, non ecclesiastica, *ex supr. scriptis*, & ex his, quæ
tradidere Fortunius, *lib. de vltimo fine iuris. a nu.* 158.
Rochus amplians & limitans *in cap. fin. de consuetud.
fol.* 101. *cum seq. Mencha. lib. qq forens. cap. 5. & 6. Bapti-
sta, in l. 1. C. de summa Trinita. n. 185. cum seq Perez, in l.
1. Ordin col. 119. cum seq. late Barba in Rubrica. C. qui ad-
mi. a num* 10. *Afflictus, de iure congrui, in princ. a num.* 8.
*Aluarus Valascus, lib. 1. de iure emphyteutico, q. 17. nu. 14.
& prius Corneus, lib. 1. consil. 32.* qui resoluit recurren-
dum semper esse ad ius canonicum, non ad laico-
rum statuta.

6 Secundo † quod hæres scriptus seu ab intestato
succedens non sit nominatus, & consequenter, quod
emphyteusis sit extincta, & ad ecclesiam per con-
solidationem reuersa, deducitur ex forma con-
cessionis, per quam constat, emphyteusim fuisse
concessam pro eo, quem primus emphyteuta no-
minabit, quæ verba resoluuntur in conditionem,
si nominabit, vt diximus. & probant omnes *in l. Sti-
chum, qui meus erit, ff. de leg. 1. & in l. Nuper, ff. de legat. 3.*
vbi etiam Bart. *in l. Inter stipulantem, §. sacram, nu. 5. de
verborum obligat.* & in terminis loquitur Alex. *lib. 6.
consil. 232. num. 4. Decius consil. 193. num. 6.* vbi de con-
cessione, cui dederis, loquitur, & conditionalem
esse firmat, sequitur Afflict. *in cap. 1. de feudo, non ha-
bente propriam naturam feudi, n. 9.* licet corrupte Ale-
xand. citet. *tradit Corneus consil. 153 num. 2. lib. 3.* Cum
igitur concessio dominica respectu secundæ, vel
tertiæ personæ sit conditionalis, si nominabitur,
consequens est, ea conditione deficiente, conces-
sionem quoq; deficere, quia conditio nihil ponit
in esse. *d. l. Stichum, & l. nec emtio. ff. de contrah. emt. vbi
gl. ordinaria, & in l. 1. ff. de cond. & demonstr.* Quod cer-
te videtur voluisse ecclesia, concedens conditio-
naliter emphyteusim, in fauorem secundæ & ter-
tiæ personæ, si nominabitur, quod nisi fiat, maluit
dominus emphyteusim retinere ex regula defici-
entis conditionis. Id enim proprium est conditi-
onis, concessionem suspendere, donec conditio
adimpleatur, *vt per totum ff. de cond. & demonstr. & de
cond. instit.* & in contractibus ortum obligationis,
conditio impedit ex defectu consensus, *l. Cedere
diem, ff. de verbor. signific. tradit Curt. Iunior in cons. 77. n.
2. & 3.* Quocirca in casu nostro respondendum est
deficere concessionem, non sequuta nominatio-
ne, quæ posita est in conditione, si nominabit,
quod & firmat Paulus Paris. *lib. 3. consil. 38 num. 5.* Et
consonat Boerius *in consuet. tit. de feudis, & Cens. §. 19.
col. 2. fol. 48.* resoluens, quod eo casu, quo quis pro-
misit soluere pro emphyteusi equum, vel mulam,
quam dominus elegerit, cessat per non solutionē
pensionis commissum, quandiu dominus nō de-
clarauit, quæ fuit opinio Bald. *in consil. 324. lib. 2.* Fa-
cit bona *glo. 3. in l. 15 tit. 9 par. 6.* resoluens, quod vbi
mihi defunctus legauit, ex suis equis vnum, quem
Sempronius elegerit, eo non eligente mihi nul-
lum deberi, & in simili Alex. *lib. 1. consil. 3. col. 1. & 2.*
consuluit promittentem, facere colono pactum,
quod communitas fecerit ad nihil teneri, si nul-
lum communitas pactum fecit, citat illum ad hoc
Cotta *verbo, quod,* licet contrarium velit, Socin. *lib.
1. consil. 44.* Ex quibus sane pro ecclesia contra hæ-
redem scriptum, vel ab intestato succedentem, re-
spondendum videtur, quod emphyteusis sit ex-
tincta, vtileque dominium cum directo consoli-
datum.

Tertio † quia nihil magis naturale est, quā pa- 7
cta seruari, vt communiter omnes notant, *in l. Iu-
ris gentium, 7. § prætor ait, ff. de pactis, tradunt Canonistæ
in cap. 1. de pactis. Extra, de pactis a n. 270. Forcat dialogo.*
69. Quare donatio semel perfecta, quæ reuocari
non potest, *l. perfecta, C. de donatio. quæ sub modo*, ob
non obseruantiam pacti adiecti, infirmatur, *l. fin.
post prin. ibi, vel quasdam conuentiones, C. de reuo. donat.*
Bonus tex. *in l. Si quis maior, C. de transact. Cotta, ver-
bo, donatio, Aretin consil. 14.* Et in contractu emphy-
teutico, pacta ad vnguem esse obseruanda, probat
Imperator *in l. 1. C. de iur. emphy.* ibi: *In quo cuncta, quæ
inter vtrasq; contrahentium partes super omnibus, vel for-
tuitis casibus, pactionibus habitis, firma, illibataq; perpetua
stabilitate, modis omnibus debeant custodiri.* Cum iudi-
cio sunt perpendenda illa geminata verba. *ex Bart.
& Alexan. ibi in l. Cum scimus,* vbi est bonus tex *C. de
agric. & cens. Bald. in l. Fructus, C. de actio. emt. & in cap.
eam te, col. 1. de rescriptis, multa Corsetus lib. de verborum
gemina.* Item etiam, & illa verba, *vel etiam fortuitis
casibus*, quibus docemur pacta concernentia for-
tuitum casum, seu euentum, esse obseruanda, quæ
propositæ quæstioni, accommodari recte possunt
in qua agimus de emphyteusi extinguenda eo ca-
su, quo ad illam nullus nominatus fuerit.

Quamobrem † tenorem concessionis & inue- 8
stituræ attendendum fore, nec ab eo, vllo modo,
recedendum, tradunt doctores. *in cap. 1. de duobus
fratribus in fine, tradit Curt. senior consil. 62. num. 1 Ro-
lan. consil. 60. num. 4. cum seq. lib. 1. Neuizan. consil. 10. in
prin. Federi. in viridario conclu. 48.* Quod ad priuilegii
tenorem extendit Rolan. *lib. 1. consil. 61. num 1.* & ad
tenorem contractus, aut donationis, Neuixa. *cons.
62. num. 1. cum seq. Lauren. Sylua. consil 34 num. 1. tradit
Euerar. consil. 75. col. 1. Valasc. de iure emphyt. quæst. 39. n.
4. versic. in vtroque, & est bonus tex. in l. Si quis stipulatus
Stichum, aut Pamphilum,* ibi *inspiciendus est sermo stipu-
lantis, ff. de verborum obliga.* Conueniunt, quæ de pa-
ctis emphyteuticis obseruandis, tradit Iaso. *in l. 2.
C. de iure emphyt. a n. 141.* Ex quibus sine difficultate
resoluendum est pro ecclesia habito pro constan-
te, quod vbi emphyteuta non nominauit, vtile
dominium cum directo consolidatur.

Quæ traditio † vera est, & lege Regia compro- 9
bata *lib. 4. tit. 62. § 3.* ibi, *nom nomeando ficara deuoluto
ao senhorio*, quæ lex in ncto principio (a quo omnes
illius tit. §§. regulantur) sine dubio in nostro casu
loquitur, quo in genere fuit emphyteusis conces-
sa *pro eo, quem nominabit*, in qua d. l. Regia, in illo §.
3. iuri communi, conueniens est, vt supra diximus,
& constat ex Alexan. *consil. 232. n. 3. & 4. lib. 6.* resol-
uente huiusmodi concessionem emphyteuticam
restringendam esse ad vitam accipientis, duntaxat
quando ille non curauit alium nominare: nō mi-
nus, quam si pro se tantum stipulatus fuisset: & vi-
detur de hoc etiam bonus tex. *in l. Qui plures, ff. de
vsufruct. legat.* vbi si quis testamento caueat liberta-

tem, se legare illis seruis; quos in codicillis declarabit, I C. respondet nulli libertatem deberi, si non declarauit. Qua ratione idem est hoc casu respondendum, extinctam esse emphyteusim, si nullus nominetur.

10 Et † probate fere in terminis mihi videtur Bal. in l. In vendentis col. pen. versic. 3. quaero. C. de contrah. empt. resoluens emtionem rei factam, in fauorem eius, quem emtor nominabit nullius momenti esse, si infra statutum tempus, seu terminum, ille nullum nominet, quia (inquit) deficit conditio, & plura iura citat, sequitur Fabia. lib. de emtione & vend. quaest. 3. in princ. num. 19. vol. 1. tract. fol. 208. vbi etiam resoluit contractū emtionis, hoc casu solum defendi posse respectu ementis, si pro se, ille etiam emit. Quo argumento idem est in emphyteutica concessione dicendum, vt illa teneat respectu primi acquirentis: cesset vero in persona secundi aut tertii, si non fuit nominatus. Ex quibus sane lex Regia in d. prin. tit. 62. & § 3 lib. 4. quatenus haeredem scriptum, vel ab intestato succedentem habet pro nominato, & extinctam emphyteusim esse negat, iuris communis regulis aduersari videtur, & consequenter emphyteusim tantum secularem comprehendere; non ecclesiasticam, quae exemta a potestate, & iurisdictione temporali est, per supra scripta. Quamobrem longe aliter, quam ipse fecit, comprobatur Costae sententia dict. pag. 103. cum sequent. lib. de successione Regni.

Sed in contrarium vrgent plurima non contemnenda argumenta, quibus antiquus vsus & praxis omnium tribunaliū religiose conseruatur, pluriesq; Senatus legi Regiae adhaerens emphyteusim haeredi scripto, aut ab intestato succedenti emphyteutae adiudicauit iuxta formam ll. Regiarū, quae resolutio comprobatur ex plurimis.

11 Primo, † quia ecclesia semper videtur contrahere secundum consuetudinem, legesque patriae, seu prouinciae loci contractus, vt omnes resoluunt in tit. de donat. c. ceterum, & in c. cum venissent de eo, qui mittitur in poss. habetur in l. Quod si nolit, §. assidua ff. de aedilitio edicto. & in l. Circa, C. locati. & in l. Si seruus plurium, in fin. ff. de leg. 1. Ias. & Dec. in l. vt liberis, C. de colla. Anchar cap. quia propter oppo. 4. in fin. de Rescriptis, in 6. Barba lib. 2. cons. 13. Bruntus lib. de statuto excludente foeminas art. 8 n. 106. Panor in c. 1. de precario n. 2. vbi addi. citat Feli. c. Cum M. de const. col. 2. & ibi Decium nu. 6. Ias. in l. Certi conditio, §. si nummos, ff. si cert. petatur, a n. 6. Panor. etiam cons. 72. lib. 1 ad fi. Omnis enim actus agentium regulari debet a consuetudine, & legibus patriae de ea re loquentibus, vt tradit Boer. cons. 10 n. 11. Corneus lib. 3 cons. 95. n. 2. & cons. 138 post nu. 2. Rubeus cons. 70. tradunt Salic. in Auth. cassa & irrita. C. de sacrosan. eccles. & Alcia. de praesumt. regu. 3 praesum. 32. nu. 13. resoluentes clericorum contractus regulandos fore, a consuetudine, legib. & statutis patriae, tradit Aymon cons. 86. n. 9 li. 1. Videtur enim se conformare cum illorum dispositione, a quib. passiuā capiunt interpretationem, vt tradit Corneus lib. 1. cons. 165 li. q. qui loquitur in emphyteusi ecclesiastica, & resoluit, in illius successione, illum filium praeualere, qui per legem municipalē, caeteros excludit: concordat Crotus, in l. Omnes populi, ff. de iust. & iur. n. 9. tradunt Bald. & Paul. in l. Si duo n. 2. ff. de acq. hered. Ias. in l. Cum filio n. 38. ff. de leg. 1. Feli. in cap. Causam quae, n. 17. ad fin. de rescript. Gomez in §. in personam, inst. de action. n. 25. Paris. lib. 2 cons. 7 n. 26 tradit & Aegidius, lib. de collectis fol. 198 n. 10 cum seq. Ex quibus in casu nostro sine dubio resoluendum est concessionem emphyteuticā pro eo, quem primus emphyteuta nominabit a lege Regia d. tit. 62. in prin. & § 3. regulandam esse, & ita interpretandam, vt sufficiat tacita illa, & interpretatiua nominatio, a lege Regia inducta, ex eo, scil. quod emphyteuta aliquem haeredem scripsit, aut descendentem, seu ascendentem ab intestato ad haereditatem vocauit, secundum quē sensum per sup. scripta videtur concessio facta, qui enim aliquem actum gerit, videtur se adstringere dispositioni legis, de eo actu agentis, Bal. d. l. Si duo, ff. de acquir. hared. Quod in personis ecclesiasticis adnotauit, obseruandum Bal. in c. Cum venissent de eo, qui mittitur in possess. & eum secutus Cassaneus, in commento approbationis consuetudinum Burgun. versi. vtrum num. 1. fol. 311.

Quod † eo maxime in curia ecclesiastica admittendū est, quoniā cum lex Regia vsu, & praxi recepta sit eo casu, tanquam mixta sine scrupulo obseruanda est ex his, quae tradit Rochus in c. fin. de consuet. fol. 50. n. 6 & fol. 103 n. 65 Aegidius de collectis, pag. 107. versic. 20. & pag. 201. col. 2. Felin. c. Cum M. de constit. n. 81. col. 2. versi. secundus casus. Cassaneus in consu. Burg. rubric. 8. § 5. n. 2. Alci. in Auth. cassa. & irrita verbo sanctionis, pag. 83 ad fi. tradit Gregor Lopez. in l. 5. lit. e. tit. 2 part. 1. tradit Panor per tex ibi, in c. Cum causam de re iud. Dec. in c. ad nostram n. 3. de proba. Valasc. de iur. emphyt. q. 20. n. 6. Rebuff. in ll. Fran. tit. 1. tomo 3. n. 56. 12

Secundo † pro hac sententiā induci potest Anchar consil. 125. & 433. qui notabiliter resoluit circa successionē emphyteusis ecclesiasticae, obseruanda esse statuta, & consuetudines laicorū, quia solum agitur de vtili dominio, & sic de iure ad laicos pertinente, nō ad ecclesiam, cuius proinde omne praeiudicium cessat sequitur Dec cons. 139. n. 2. & in l. Ex conuentione, n. 9. C. de pactis, & in auth. cassa & irrita C. de sacrosan. ecclesiis, n. 9. rursus, & in c. Quae in ecclesiarū de const. n. 6. dixit communem Paris. lib. 2. cons. .. num. 146. & cons. 21. n. 60. & cons. seq. n. 85. sequitur Alex lib. 5. cons. 9. n. 2. & 3. & ibi n. .. ad propositum nostrum locutus ait, quod recipiens emphyteusim videtur voluisse, eam regulari a dispositione iuris municipalis, iuxta adnotata in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de lib. & posthum. Bar in l. Iusiurandi, §. si liberi, ff. de operis liber. Ruin. lib. 5 cons. 70. n. 11. Iulius Clarus, li. 4. §. emphyteusis, q. 48. Gamma, q. 149 n. 6. inferens proinde naturalē nominati posse ad emphyteusim ecclesiasticam, per l. Regiam, infra §. 4. hoc t. vide semper Menochium lib. 2. sen. casu. 180. an 9. 13

Qua ratione idem est dicendum in casu nostro emphyteuticam concessionem regulari a d. l. Regiae dispositione, & consequenter in fauorem nominati, vel etiā haeredis instituti, aut ab intestato succedētis, qui per d. l. Regiam pro nominato habetur, concessam videri, cum his, quae initio huius quaestionis diximus, & tradit Anchar. in d. consiliis, cuius doctrinam confouet Corn. lib. 1. cons. 165 lit. q. & Barba. lib. 1. cons. 14. col. fin. Sylua. cons. 9. n. 8. Rochus, qui dicit communem, in c. fin. de consu. fol. 77. n. 3. Tiraqu. de retr. §. 1. glo. 13. n. 8. cum seq. vbi Alex. Socin. Anchar. d. consi. & alios citat, & Aegidius de collectis, fol. 77. col. 1. vbi resoluunt vtile dominium rei ecclesiasticae, a laicis obtentum, legibus secularib. de retractu loquentib. & de collectis soluendis subiacere, quod pro-

probant Valaſcus *de iure emph. q. 17. a n. 12. Sylua. conſ. 9. n. 7. Ancha conſ. 125 n. 7. & 435. n. 5. Pariſ. lib. 2. conſil. 12. n. 61. cum ſeq. Ruinus conſ. 168. n. 9 lib. 1. excellentiſſimus Menochius lib. 2. ſenten caſu. 180 n. 8 cum ſeq. Brunus lib. de ſtatuto excludẽte fœmi. artic. 8. n 7. & 106. cum ſeq.*

Tertio † hanc ſententiam adiuuat recepta ſcri-
14 bentium opinio *in c. Eccleſia S. M. de conſt.* vbi Panor. *n. 27.* reſoluit legem generalẽ Imperatoris, aut alterius principis, non recognoſcentis ſuperiorem, dummodo ſit rationabilis, fauorabilis, nec iuri canonico contraria, ligare clericos. & bona eccleſiaſtica. Fauorabilem autem illam legem appellat, quæ poteſt vtilis eſſe eccleſiæ, licet aliquãdo ſit inutilis, quod communiter receptum eſſe Panor. teſtatur, & ibi Feli. *n. 46. verſi. ex prædict.* notant omnes *in cap. 1. de noui operis nunc. & in c. 1. de cauſa poſſeſſ.* & in ſpecie Dec. qui loquitur in bonis emphyteuticis, *conſil. 78. col fin. in fine, & 131. num. 13. tradit Rebuff. 1. tomo ll. Fran. pag. 16. nu. 32. Fortunius de vltimo fine iuris, a num. 162. illat. 14. Plaça in ſua praxi. crimi. lib. 1. c. 8. n. 16. pag. 137. tradit Cotta, verbo, clerici ligãtur, & Tho. Gram. q. 100. n. 2. 4. & 9.* Porro l. Regia, de qua agimus, eſt huiuſmodi, quia poteſt contingere, vtilius eſſe eccleſiæ, quod emphyteuſis non ſit finita. Ergo, &c.

Quarto, † hanc ſententiam probat tex. ille ſin-
15 gularis, *in l. ſecundum 4. C. de contrah. ſtipulat.* vbi mulier fuit ſtipulata partem dotis pro eo, cui vellet relinquere, cum morietur, & quia nulli reliquit, reſpondet Imperator eam partem ad eius hæredem, quaſi nominatum pertinere. ibi: *Ea quæ ſtipulata eſt, cum moreretur partem dimidiam dotis, cui velit relinquere: reddi ſibi, cum moreretur, eam partem dotis, ſtipulata videtur.* Quid ergo amplius egemus teſtibus? ibi eſt caſus, in quo conceſſio fuit facta pro eo, quem nominabo, & nihilominus conceſſio non extinguitur, ſi nullus nominetur, ſed hæredi tanquam electo, & nominato res ipſa adiudicatur. Quare quod lex Regia probat ſcriptum hæredem videri nominatum, ſecundum nos contra iuris regulas procedit, licet doctiſſimus Coſta. vbi ſupra, oppoſitum docuerit: & eſt ſententia Bald. *in l. 1. in fin. ff. de pactis,* reſoluentis admittendum eſſe hæredem meum tanquam electum & nominatũ, ſi tu mihi aliquid promiſiſti, & ei, quem declarabo, quod ſi poſtea non declaro, præſumor recepiſſe pro me, & hæredib. meis. & ibi eum probant Alexan. *n. 19.* & Iaſ. *in l. Stipulationes, ff. de verb. oblig. n. 16. cum aliis,* quorũ iam ſupra in prin. huius qu. meminimus, probãt Cyn. Alb. & Sali. *d. l. 4. C. de contrah. ſtipul. & Alex. in l. Stipulatio iſta habere, §. ſi quis ita ff. de verbor. oblig. & in l. Si teſtamentum in fin. C. de inſtit. & ſubſtit. & conſ. 232. lib. 6.* quib. addo Bald. *in l. Cum poſt, §. gener. ff. de iure doti.* ſecundum quem ſenſum *d. l. 4. C. de contrah. ſtipu.* intellexerunt, Alex. & probant, *conſil. 232. ponderatis, nu. 3. vol. 6. Socin. in l. 1. §. per procuratorem, n. 5. ff. de acq. poſſ. Iaſ. in l. 1. § ſi quis ita, n. 2. ff. de verbo. oblig. Dec. in l. fi. verſi Labeo, n. 13. ff. ſi cer. pet. & conſil. 543. in caſu, nu. 3. & Coſta de regni ſucceſſ. pag. 103. verſi. in contrarium tamen,* vbi plures refert, quos ſequitur Pinell. *in l. 2. C. de bonis ma. n. 11.* firmans hanc eſſe communem, & ad hoc illam l. 4. eſſe ſingularem, dixerunt alii, quorum meminit Gome. *in epitome de contract. c. 11. n 7.* quamuis aliter eam l. 4 conetur interpretari Coſta d. loco intelligens eam l. in emphyteuſi eſſe limitandam nullo auctore, aut probabili ratione nixus, vt ex infra dicendis liquido conſtabit. Reſpondendum eſt igitur, l. Regiam iuri communi conſonantem eſſe, non contrariam *per ſupraſcripta, & per l. Si pactum, 9. ff. de proba. & ibi gl. & Dd. atq; etiam Afflict. in c. 1. de ſucceſſ. feudi, n. 127. verſi. 2. probatur.*

Nec † mouere quempiam debent ſupra in con- 16
trarium adducta. Primo. n. loco deducta, de legib. & ſtatutis ſecularib. eccleſiam ligare non valentib. in 3. huius partis argumento refellimus abunde.

Quod rurſus diximus, nullo nominato extinctam eſſe emphyteuticam conceſſionem, nõ minus ſubmouetur in 4. huius ſententiæ argumento per *d. l. 4. C. de contrah. ſtipu.* Porro tex. *in l. Si plure de vſufru leg.* quo Coſta principaliter figit pedem, me iudice ad propoſitum parũ, aut nihil facit, quia vt ego intelligo, ille tex. procedit ratione incertitudinis, quæ potens eſt vitiare legatum, ſiue illa cõcernat perſonam hæredis, ſiue etiam legatarii, vt habetur *in l. Paulus, in 2. ff. de reb. dubiis, & in l. Quoties, §. ſi quis, ff. de hæred. inſt. l. Duo ſunt Titii, ff. de teſtam. tutela. Tradit Gome vbi ſupr. n. 8. verſi ſexta concluſio,* vbi ad hanc ſententiã citat, *d. l. Si plures,* quam cum gloſſa & Bart. ibi ita intelligit. Quæ quidem incertitudinis ratio, ceſſat in caſu noſtro, in quo emphyteuſis hæredi ſcripto defertur filioue primogenito ab inteſtato, non omnib. hæredibus, *per dictam legem Regiam.* Quocirca diſpoſitio *d. l. Si plures,* retorqueri maxime poteſt, a ceſſante ratione, ſumto argumento pro hac communi contra Coſtæ ſententiã. Habemus enim, cui emphyteuſis dari poteſt, qui propter incertitudinem deeſt in caſu *d. l. Si plures,* ibi, *non deberi legatum, quia non eſt, cui datum intelligi poſſit:* ſecus ergo ſi eſt, cui detur, vt in caſu noſtro.

Nec † argumentum de relatiuo inducente con- 17
ditionem, adiuncto verbo futuri temporis, ſatisfacit, quoniam reſponderi poteſt, illam traditionẽ procedere, quando fit relatio ad certum corpus, *iuxta l. Stichum, qui meus erit,* ſecus vero ſi incertum, prout cõtingit in conceſſione facta pro eo, quem nominabo, de qua agimus, *vt tradit Coſta, lib. ſelecta c. 6. & 7. n fin. per l. Quintus in 1. ff de auro & arg. lega. Iaſ. d. l Stichum n. 13. ff. de leg. 1. Valaſcus de iure emphyt. q. 50. n. 19. rurſus & Coſta, lib. de Regni ſucceſſ. pag. 92.*

Vel † etiam reſpondetur in caſu noſtro adim- 18
pletam eſſe conditionẽ denominandi, ex miniſterio legis Regiæ, quæ habet hæredem ſcriptum, vel ab inteſtato venientẽ pro nominato, licet illum aliter emphyteuta nõ nominet. Caue tamen, quia iſta l. Regiæ tacita nominatio non videtur ſufficiens, quia conditio non poteſt per æquipollens adimpleri, *vt infra proxime adnotabimus.*

Ex his ſic pertractatis, ſi recte conſideras, probabilis vtraque ſententia eſt: probabiliorem vero Coſtæ, *d lib. de Regni ſucceſſione pag. 103.* exiſtimo ſcil. correctoriam, legem Regiam eſſe, iuriſq; præceptis cõtrariam, quam prius probauit celebris Luſitanus noſter Gonçalus Valaſcus, intelligens legem Regiam ad emphyteuſim eccleſiaſticam extendi non poſſe: quod etiam aliquando Regius Senatus obſeruauit. Tanta ergo virorum auctoritas, & præceptoris Coſtæ, mirum non eſt, ſi nos ad eam ſententiam trahat, vt ex Caſſii exemplo docet Iulianus *in l. Dicere autem, ff. de arbitris.*

Pro quibus † conſidero, contrariam opinionẽ 19
præſupponere, poſſe plures concurrere fictiones, contra regulam, *l. 1. C. de dotis promi.* quarum prima

concernit, *l. Conficiuntur, ff. de iure codic.* iuxta quam, ab intestato succedens dicitur, secundum defuncti voluntatem succedere. Intellige per fictionem glo. *d. l. Conficiuntur, & post Cuman. Rubeus, in l. Non solum, §. morte, ff. de noui operis. num. 131. cum seq.* Secunda vero concernit nominationem, vt similiter dicatur nominatus. Sed hoc ad casum, §. 3. *infra hoc titulo*, tantum pertinet.

Porro, vt hanc Costæ sententiam defendere possimus, & consequenter legem Regiam, non comprehendere emphyteusim ecclesiasticam, videndum est, *an adductis pro parte contraria respondere commode valeamus*, rursus, &, *an insignis Costæ, argumenta diluantur*, quod minime reor.

20 Nam † quod diximus, relatiuum *quis*, vel *qui*, adiunctum verbo futuri temporis, non inducere conditionem, si referat corpus incertum, vtique contra receptam sententiam procedit, omniumque mentem, qui nullam prorsus inter relationē corporis certi, & incerti differentiam constituunt: idque probare videtur plane I. C. *in l. Qui Romæ, §. Augerius, ff. de verbor. oblig.* secundum communem sensum Dd. intelligentium, quod ibi fuerunt verba prolata per tempus futurum. Iuuat, quod alibi scriptum est, valere hypothecam bonorum futurorum, quia videntur conditionaliter obligata, si erunt debitoris, *vt habetur in l. si fundus, 16. §. aliena ff. de pignor. l. Paulus, §. fin. & l. Pen. § fin ff. eod. tit. Ripa, in l. 1. illo tit. num. 1. Donellus, lib. de pignor. pag. 180. & 172. cum seq.* Nec tex. *in d. l. Stichum, qui meus erit, ff. de leg. 1.* eam restrictionem patitur, si cōsideras, quod hoc nomen *Stichus*, apud Romanos nomen fuisse generale, quo omnis seruus continebatur, vt explicat Alcia. *lib. 5. parado. cap. 5. inferens ad l. Cum precum C. de liber. causa.* secundum quem sensum in illo tex. testator non respexit certum, & indiuiduum seruum, sed quemcunq; postea haberet.

21 Quod † autem diximus ex legis Regiæ ministerio satisfactum esse conditioni, si nominauerit emphyteuta quemquam, argumentum minime soluit, quoniam, id est, quod quærimus, *an lex Regia id potuerit efficere in bonis ecclesiasticis, in fraudem & perniciem ecclesiæ?* & verius credit Costa, quod non. Id quod obseruandum videtur, quia in contractibus a persona non recedimus, *l. Si quis arbitratu. & ibi Dd. ff. de verborum obligat.* quod in his præcipue terminis probabile est, in quibus nominatio, de qua agimus ex legis Regiæ ministerio inducta, ficta est, & non vera, *vt tradit Aretin. in l. 4. §. Cato col. 8. ff. de verborum obligat. & in l. Cum res, nota. 4. ff. de leg. 1. Butigela, in l. Cum quis, ff. si cert. peta. n. 10.* Quocirca per eam non dici potest satisfactum dispositioni dominicæ, per quam fuit emphyteusis concessa, pro eo quem emphyteuta nominabit. Dispositio enim hominis non verificatur, nec impletur per modum fictum, sed per verum, vt resoluit Crotus, *in l. Omnes populi, ff. de iusti. & iure. nu. 223. & 226.* qui hoc maxime admittendum esse probat, quando dispositio est conditionalis, qualis est ista, quam tractamus.

22 Item quod † diximus tex. quo Costa nititur, *in l. Si plures, ff. de vsufru. legat.* procedere ratione incertitudinis fatemur verum esse, sed solui proinde argumentum negamus, considerantes in eo inesse incertitudinem, quod testator non declarauit, cui vellet dare, quæ similiter incertitudo in casu nostro ex eo causata, quod emphyteuta nullum nominauit, debet concessionem vitiare, quo modo, meo quidem iudicio, Costa voluit illum text. inducere intelligens, in vtraq; specie inesse incertitudinem, quæ vitiat. Ex quibus profecto Costæ sententia probabilior apparet: siquidem in eius fauorem inducta argumenta, adhuc stare per suprascripta videntur. Pro parte contraria duo nihilominus obstant argumenta, quæ multum negotii facessere videntur, quib. forte Senatus noster fuit semper secutus eam sententiam: quorum primum pendet ab ea traditione communi, quæ habet ecclesiæ contractum, & concessionem regulandam esse, a regionis vsu, & consuetudine. Secundum vero pendet a vero sensu, *l. 4. C. de contrah. stipulat.* quæ si, vt decet, diluantur argumenta, vtique firma manebit Costæ sententia.

Primum † itaq; argumentum procul abiicitur, 23
si consideras, illam traditionem, & interpretationem desumtam a patriæ consuetudine, eo tantum casu procedere, quum sumus in dubio, nec scimus plane ecclesiæ contrahentis mentem, & voluntatem: quo quidem casu recte procedit voluntatis inuestigatio, & a consuetudine patriæ desumta interpretatio. Quod casui nostro applicari non potest, quoniam planam habemus ecclesiæ mentem & voluntatem emphyteusim concedentis pro eo, quem emphyteuta nominabit expresse, scilicet, vere & non ficte *per suprascripta*, quare non est opus coniecturis, *l. Continuus, ff. de verbor. obligat.* ex quo, ni fallor, manifeste corruit hoc, in fauorem partis contrariæ, prima facie probabile argumentum.

Nec † minus cessat, quod ex auctoritate Ancha. 24
& aliorum diximus vtile dominium, quod emphyteuta habet, profanum esse, & secundum statuta, legesq; ciuiles, censendum: quia si bene consideras Anchar. & sequaces loquuntur, quando vtile dominium adhuc durat, nec est extinctū, nec de ea re dubitat ecclesia, solumque vertitur quæstio inter fratres contendentes, ad quem magis emphyteusis pertineat, quo casu, quia nullū vertitur, aut considerari potest ecclesiæ præiudicium: respondent Ancha. & sequaces, recurrendum esse ad ius municipale. Parui enim ecclesiæ refert, hūc vel illum agnatum succedere, siquidem penes alterum emphyteusis est permansura. Ita declarat se ipsum Anchar. *in cap. Canonum statuta. 14. q. in princ. de constit.* ita Iulius Clarus *lib. 4. § emphyteusis, qu. 48. Brunus de statuto exclu. fœmi. artic. 8. qu. 22. Paris. consil. 1. num. 146. lib. 2. & consil. 21 num. 61. eod. & consil. 82. n. 25. Rochus in cap. fin. de consu. col. 81.* Et sic procedunt, quæ tradit Boer. *consil. 10. a num. 8. & Felin. in cap. quæ in ecclesiarum, in fine de const.* Hinc Gama *quæst. 2. n. 4.* infert bastardum nominari posse, *idem Gama quæst. 50. num. 2. & 307. ante num. 7. cum seq.* Sed sane oppositum obseruandum est in casu, quem tractamus, in quo ecclesia ex nominationis defectu, extinctam esse emphyteusim, remq; ad se per dominii consolidationem pertinere contendit, quare in illius præiudicium, minime licebit, ad iura municipalia recurrere, quibus ligari, nullatenus ecclesia potuit, maxime aduersus inita pacta, quibus ecclesia, ita concessit, in fauorem secundæ vel tertiæ personæ, si nominabitur, vt notabiliter explicat Parisius, *lib. 1. consil. 27. a num. 43. Curt. senior, consil. 61. ante num. 3. & consil. seq. num. fin.*

Nec

25 Nec † quod diximus, posse aliquando legis Regiæ dispositionẽ ecclesiæ vtilem esse, si forte contingat illi magis expedire emphyteusim, extinctã non esse: omnino satisfacit, si consideras, emphyteusim pro modica pensione, concedendam esse, secundum communem *in l. 1. C. de iur. emph* vbi Bal. *oppo. 2.* Canonistæ *in cap. propter. de locato.* inferentes: proinde sterilitate emphyteutam non excusari, de qua etiam te nostri *in l. 2. C. de iur. emph.* tradit *Cotta, verbo, emphyteuta*, ꝙ proinde probat, quod pensio grandis locationis contractum magis arguit, *vt latius dicemus in tract. de acquisitione emphyteutica, qu. 1. n.* 10. Quod cum ita sit quæso, quando contingit ille casus, quo ecclesiæ magis cõueniat emphyteusim extinctam nõ esse? Profecto nunquam, aut saltem perraro. Qua ratione ad talẽ casum, raro, aut nunquam contingentẽ, & de iure non vero similem, adaptari iuris dispositionẽ nõ posse, certissimum est. *l. Non ad eã. ff. de legib. c. coram, in fin de officio delega. & ibi Feli. in prin.* Non est ergo illa consideratio attendenda, ꝙ poterit aliquãdo ecclesiæ vtilius esse, emphyteusim non esse extinctam, quod vtiq; ex Anchar. *conf.* 134. colligitur, quatenus inquit in fauorem ecclesiæ, statutum esse, quod eius emphyteusis ad hæredes extraneos non transeat, quod minime obtinuisset, si illa consideratio secundum iuris principia procederet.

26 Imo † si hanc rem bene perpendamus, si is fortuitus casus contingat, quo ecclesię expediat, emphyteusim extinctam nõ esse, ecclesia semper damnum patietur: quia eo casu, filius nullo iure cõpelli potest, vt emphyteusim accipiat, & pro ea pensionem soluat. Beneficium enim non confertur in inuitũ, nec pater filium obligare, ad id potest per torũ, ne filius pro patre: quare cum ecclesia semper damnum patiatur, obligari lege Regia nequit, quamuis generali, & æqua, *secundum Rebuff. in 1. tomo ll. Fran. pag. 16. n. 72.* Caue tamẽ, quia in hac specie videtur ecclesiæ prouisum, siquidem filius hæres est aduersus quem agere, saltem ad interesse secundum vulgatas traditiones, ecclesia potest: sed nec hoc indemnem, omnino reddit ecclesiam quia vltra vires hæreditarias exigi, hæres nequit, *l. fin. C. de iur. delib.*

27 Cum † igitur lex nostra Regia per supra scripta, ecclesiæ sit noxia, trahenda ad eius concessiones emphyteuticas non est, quod ipsẽmet Anchar. & sequaces probant (dum ea ratione mouetur, quia omne cessat ecclesiæ præiudicium) qui præsupponunt contrarium fore respondendum, stante aliquo ecclesiæ damno, quare recte videntur locuti Pano. & alii supra *n.* 14. qui loquuntur in lege generali, ecclesiæ vtili & fauorabili, qualis hæc lex Regia nõ est, imo perniciosa: siquidẽ per eam vtile dominium, cum directo non consolidatur, quod maxime ecclesiæ expedire, vtileq; esse manifestũ est, *ex notatis in l. 2. & l. fin. C. de iur. emph.* vbi in fauorem ecclesiæ, statuta est caducitas & emphyteusis extinctio per commissum, quod neutiquam fieret, nisi ecclesiæ vtile esset: qua ratione illa Pano. & aliorum d. loco, relata traditio, illo tantum casu procedit, quo lex ciuilis vtilis est ecclesiæ, non quando damnum affert, vt resoluit plene Rebu. *1. tomo, Legum Franc. pag. 16. num. 72. Feli. in cap. ecclesia S. M. de constit. ante num. 67.*

28 Ex quib † sane resoluitur legem Regiam in hoc principio, & *in §. 3.* quatenus sine alia nominatione hæredem institutum, vel ab intestato succedentem, admittit ad emphyteusim, tanquam domino directo, noxiam & perniciosam ecclesiam nullatenus comprehendere ex regula, *cap. ecclesia S. Mari. de constitut.* quæ eo casu maxime procedit, in quo pro ecclesia facit concessionis forma, secundum quam succedere solum nominatus potest ex forma pacti initi omnino obseruanda, *l. 1. C. de iur. emphyt. ca. 1. de pactis.* Cui tamen regulæ sine dubio lex Regia repugnat, imo & rationi naturali secundum quam ex cõsensu promissa sunt ad vnguem obseruanda, secundum quod habetur *in l. Sicut ab initio, C. de actio. & oblig.* Quapropter ex illo pacto, quod successor debeat nominari, quæsitũ est ius ecclesiæ, vt nullus succedat, nisi sit nominatus. Licet enim in donationibus, priuilegiis, & concessionibus, legem quamcunq; nobis adijcere, *l. Legem, C. de pactis, l. Cum proponas in 2. eod. tit. l. fin. C. de reuo. donat.* Quæ circa restringenda est solum lex Regia ad profanas concessiones emphyteuticas, prout olim Gonçalus Valasc. docuit, & postea Costa, *d. pag.* 103. *de regni success.* obseruauit, & aliquando Regius Senatus comprobauit.

At quia † obstat nimis, Imperatoris rescriptum, 29 *in l. Secundum responsum 4. C. de contrah. stipul. cum aliis, de quibus supr ista q. 7. n. 2. Costa notabiliter considerauit, illam l.* 4. in longe diuerso casu loqui, & procedere, scil. quando vxor fuit stipulata, dotem sibi rest. cui vt cui vellet, daret. In qua specie, cũ vxor sibi fuit dotem stipulata, & illi acquisita sit, mirum nõ est, si illam ad hæredem suum, quemadmodum & cætera bona transmittat, iure, scilicet, hæreditario, vt intellexere omnes nostri interpretes exceptis Cyno, Bald. & Sali. *vt d. loco admonuit Costa*, qui cæteris melius hanc rem declarat. Cui addo eundem sensum placuisse Bal. cuius meminit Ias. *in l. Ita stipulatus, n 6 ff. de verbo oblig.* Ceterum quia vltra doctissimum Costam, nonnulla sunt, circa *d. l.* 4. sensum, addenda paulisper immorandũ est. Si lex illa, cum iudicio perpendatur, plane ex eius verbis colligitur, id solum dubitatum fuisse, & in controuersiã deductum, an valeret illa stipulatio, qua mulier sibi partem dotis, restitui postulauit, vt cui vellet, cum moreretur, restitueret: Et respondet Imperator, sequutus Vlpiani responsum & auctoritatem validã stipulationem esse, quia sibi prius vxor dotẽ restitui, stipulata est aliter, nisi sibi fuisset quæsita, alii relinquere nõ posset, quia nemo dat, quod non habet. De adiectione vero illa, *vt cui vellet relinqueret*, nihil in ea l. disponitur, quia in quæstionẽ deductum non fuit: Ea enim clausula fuit adiecta ex abundanti ad declarandum effectum stipulationis, & mentem mulieris illam fuisse, vt posset stipulatã dotẽ, cui vellet relinquere, quod quidẽ tacite inerat, & si expressum non fuisset, si quidem rei suæ, quilibet est moderator & arbiter, *l. in re mandata, C. mandati.* Qua ratione de illa adiectione *cui vellet relinquere*, Imperator non curauit, impertinentem iudicans esse, quo ad decisionem propositæ quæstionis, in qua de validitate tantum stipulationis agebatur, vt ibi aduertit gl. verbo, *videtur ibi, & sic tenet stipulatio.* Quod autem post Cynum, Bald. & Sali. inferunt dotem, in casu illius text. ad hæredes vxoris pertinere, id sine dubio, ex verbis illis legis, nec ex illa clausula, *cui vellet relinquere,*

non deducunt, sed magis illatiue ex Imperatoris responso, quatenus probat, validam esse stipulationem, quia vxor sibi reddi dotem fuit stipulata, quo casu, quia illi ex valida stipulatione fuit ius ad dotem exigendam quæsitum, præfati auctores intelligunt, hoc idem ius in hæredes transmitti ex regula, *l. Cum hæredes, ff. de acquir. poss.* vt ibidem aduertit glo. dum dicit, *& quia sibi stipulatà videtur, hæres aget, vt supra de iure doti. l. Si mulier.* 25. vbi est alius casus similis, in quo vxor fuit stipulata, sibi dotem reddi, vt de ea testaretur? Et respondet Imperator eam dotem ad hæredes mulieris ab intestato succedentes, pertinere, quia illa stipulatio, conditionalis non est, sed magis causam continens propter quam fuit stipulatio, vt ex illis verbis deducitur, ibi, *nec conditionem, sed causam continet*, quo loco ille tex. plane docet, contrarium esse obseruandum, si stipulatio fuerit conditionalis, vt ibi omnes indifferenter resoluunt. Quocirca caute nimis Imperator, *in d. l.* 4. omissam, fecit clausulam illam, *cui vellet relinquere*, quia super ea nulla erat dubitatio. Vides igitur, qualiter interpretatio Cyni, Bald. & Sali. *d. l.* 4. suspecta redditur, & plane labefactatur, quatenus intelligunt, quod ibi dos stipulata pertinet ad hæredes, quod stante conditionali stipulatione, verum esse non potest, per *d. l. Si mulier de iure doti.* plane probantem stipulata sub conditione, ad hæredes non pertinere, quemadmodum contingit in casu nostro, in quo fuit stipulata emphyteusis pro eo, qui nominabitur, id est, si nominabitur, in qua specie, nisi nominetur petens emphyteusim, audiendus non est.

Vt tanta igitur cesset difficultas, & auctorum varietas (qui *d. l. Si mulier.* 25. *de iure doti.* limitant non procedere in conditionali stipulatione) necessario respondendum est stipulationem, de qua in *d. l.* 4. puram, non conditionalem fuisse, vel hæredem, de quo ibi, fuisse a muliere institutum, & consequenter conditioni satisfactum, habito pro constante, quod hæres vniuersaliter institutus est realiter nominatus, & electus, secundum *Bart. d. l. Vnum ex familia, §. sed si ff. de leg.* 2. *cum aliis*, & secundum hunc sensum, procul dubio procedunt auctores, qui per *d. l.* 4. emphyteusim hæredi, concedunt instituto ab emphyteuta, intelligẽtes eo ipso nominatum esse. Quod verum esse patet ex Cyno *d. l.* 4. dum affert tex. *in l.* 1. *§. sciendum, ff de leg.* 3. quæ in hærede instituto loquitur, concordat Alber. *d. l.* 4. Quapropter non videtur recte loquutus Pinellus *in l.* 2. *C. de bonis mater. num.* 11. arbitratus, quod in terminis *d. l.* 4. est admittendus hæres ab intestato, quod stare minime potest in stipulatione conditionali, in qua, nisi hæres instituatur, conditioni satisfactum non est, *vt in d. l. Si mulier, de iure dotium*, probatur.

31 Ex hac † traditione recte infertur, l. Regiam, *hoc tit.* 61. *§.* 3. negantem, emphyteusim extraneo hæredi, ab intestato succedenti, a iuris communis dispositione non recedere, quia quando concessa est emphyteusis, pro eo quem nominabit emphyteuta, conditionaliter exigit nominationem, cui satisfactum non est, per *d. l. Si mulier*, licet oppositum placuerit Pinello, *d. l.* 2. *C. de bonis mater. num.* 11. intelligenti in hoc l. illam iuris præceptis repugnare. Non aduertit enim tantus vir, quod auctores ab eo citati, vt proxime adnotauimus, loquuntur, & procedunt in hærede instituto, qui dicitur electus, & nominatus, & sic videtur conditioni satisfactum, quod non procedit in veniente ab intestato, *vt prædiximus per d. l. Si mulier de iure dotium.*

Non me † tamen latet, commode defendi posse in casu *d. l.* 4. etiam hæredes ab intestato admitti posse, si consideres, ibi agi de dote vxori restituenda, quo casu nulla erat necessaria stipulatio, vt soluto matrimonio dos restitueretur, *secundum adnotata in l. Vni. C. de rei vxo. actione, & in l. In rebus, C. de iure dotium.* Quocirca illa stipulationis adiectio ad maiorem cautelam nocere hæredibus vxoris non potest, nec marito prodesse, nisi dixeris in casu illius tex. fuisse adiectum pactum de lucranda dote, deinde vxorem partem fuisse stipulatam, vt relinqueret, cui vellet de cuius stipulationis validitate dubitatum fuit, quia damnata est inter virum & vxorem donatio. At nihilominus Imperatori placuit, vxore dotem stipulante illam in suam pristinam naturam reduci. Quæ vtilis est profecto, animaduersio, secundum quam ille tex. singularis redditur, aliter nisi ad hunc casum illam legem restringas, quæso *nonne frustra de validitate stipulationis ibi hæsitatum fuit?* Siquidem nisi adsit pactum de lucranda dote, & si inutilis stipulatio sit penes maritum, dos non est mansura, deniq; hic sensus persuadetur ex eo, quia in ea lege de parte tantũ dotis stipulatæ agitur, altera omissa parte apud maritum mansura. 32

Quicquid † sit iam ex supra scriptis, luce meridiana clarius liquet dispositionem *d. l.* 4. ad quæstionem, quam tractamus de emphyteusi concessa pro eo, quem nominabit emphyteuta trahi nõ posse: siquidem loquitur in dote suapte natura, vxori & hæredibus eius, soluto matrimonio restituenda: ad instar patrimonii ipsius vxoris, cuius locum dos obtinet, etiam constante matrimonio, *vt tradit Corneus lib.* 3. *consil.* 127. *in prin.* Nos vero loquimur in emphyteusi concessa in tertiam generationem, seu in tres personas, quæ nihil prorsus commune cum hæreditate habet, nisi hæreditaria sit pro hæredibus, nempe concessa, *vt tradit Ias. in l.* 2. *C. de iure emphyt. num.* 226. *Barba. lib.* 2. *consil.* 61. *a num.* 14. *Afflict. in cap.* 1. *an agnatus, nu.* 53. *cum seq. Pinellus de bonis mater.* 3. *part. num.* 85. *Cotta, verbo, filius renuncians*, probans proinde filium repudiantem hæreditatem emphyteusim petere posse, *idem Cotta, verbo, emphyteusis.* Quocirca tanquã ad rem longe diuersam, *d. l.* 4. ad emphyteuticã nominationem trahi nõ debet, vt in specie recte quidem admonuit Gome. *de contractib. cap.* 11. *ante nu.* 8. qui nominatim docet, eam l. 4. & quod per eam Bal. Salic. & alii tradunt, ad emphyteusim extendi non posse. Quamobrem si nullum emphyteuta nominauit, sine difficultate extincta erit emphyteusis, vtileq; dominium cum directo consolidabitur, quod mihi verius esse sane persuadetur, & tantorum virorum auctoritate, facile commoueor: quanta enim fuerit Gonçalli Valasci, in his regnis auctoritas, quanta Costæ, atq; etiam Gomezii sit, non est, qui ignoret. Ab eorum itaq; sensu, verum si amas, vtiq; non recedes iuxta I. C. doctrinam, *in l. Cum ita legatum, ff. de cond. & demonstr.* maxime in re ambigua, in cuius decisione, solitus sum, insignium virorum adhærere sententiæ, (qualis fuit celebris Gonçallus Valascus) maxime præceptoris 33

Costæ,

Costæ, sequutus in hoc I. C. doctrinam *in l. Dicere autem, ff. de arbitris, tradit Curt. senior cons. 56. n. 4. ad fin. Ias. l. Interdum, §. 1. in fine, ff. de verborum obligat.* Honestus igitur erit error sequētis, optimos Duces, laudamusq; modestiam eius, qui ob auctorū auctoritatem non audet, contrarium consulere, ne dicam, iudicare, *Cotta, verbo, alienatio, Corn, lib. 3. consil. 167. ante n. 5.* Ego deniq; huic compellor accedere sententiæ, quia vltra prædicta, video Gonçalum, Costam & Gomezium, variis temporibus, & locis in eam opinionē conuenisse. Quare intelligo ex animo loquutos fuisse, nec vnū, alterū fefellisse, quemadmodum passim in iure nostro vsu venit. Nec quod supra diximus communem sententiā, per *d. l. 4.* cum Cyno, Bal. & aliis, oppositum velle, admittendū est, quoniam vt diligenter Costa admonuit Barto. & plures alii ab eo sensu recedunt, adeo vt ex auctorū numero & nomenclatura, hic receptior videatur sensus, verior quidē, & omnino tenendus. At si nihilominus pertinaciter contendas adhærendum Cyno, Bal. & Sali. esse, necessario illos restringere debes ad hæredem institutū (qui eo ipso videtur nominatus, & consequenter conditioni esse satisfactum, dici potest) non ad venientem ab intestato extendere. *per d. l. Si mulier, 25. C. de iur. dot.* quæ plane probat per successionem ab intestato, conditioni de nominando, minime satisfactum esse, maxime in emphyteutica concessione, quæ longe diuersa ratione procedit, vt *iam supra diximus.*

34 Aliter † enim nullo modo lex Regia *hoc titulo* §. 3. (quatenus ab intestato succedentes collaterales & ceteros agnatos, seu cognatos a successione huiusmodi emphyteusis concessæ, *pro eo quē nominabo* remouet, solos descendentes, & ascendentes, admittens) procedere potest, nec defendi a contrarietate. Nam qua ratione, emphyteusim suis l. illa concedit, eandem concedere collateralibus, debuit. Non minus enim hi, quam illi ex voluntate, & iudicio defuncti succedunt *secundum adnotata, in l. Conficiuntur, ff. de iure codicillorum,* Ergo, &c.

Vlterius text. in hoc principio probat scriptum hæredem, & si is extraneus sit tanquam nominatum emphyteusim habiturum, quod *in d.* §. 3. plane negat, collateralibus ab intestato succedentib. inter quos similiter, nulla potest constitui differētiæ ratio, quoniam vterq; dicitur ex voluntate defuncti succedere, *d. l conficiuntur, ff. de iure codicillorū, l. Si fundum per fideicommissum, ff. de lega. 1. cum duab. legib. seq.* vbi habetur, quod propterea grauari recte possunt, quia secundū voluntatem defuncti succedunt, *tradit Paris. lib. 3. cons. 15. n. 11. & habetur in l. 1. §. 2. ff ad Treb.* Ex quo Alex. *lib. 3. cons. 29. n. 1.* resoluit filiā, quæ renunciauit successioni paternæ, in forma, *c. quamuis pactum, de pact. lib. 6* ab intestato patri succedere posse, quia & ex testamento hæres scripta, succedere recte potest, quia videtur a patre vtroq; casu remissum iuramenti vinculum. Quocirca quod lex Regia tit. isto §. 3. concessit suis, nō debuit negare cognatis. Deniq; quod in hoc principio indulsit hæredi scripto, extraneo cognato ab intestato succedenti indulgere etiam debuit, *per supra scripta,* quibus commotus Pinellus *in l. 2. C. de bonis mater. nu. 11.* nesciuit d. l. Regiam a contrarietate, & antinomia graui defendere, quod tanto viro indignum semper iudicaui.

Vnde † vt l. illa *d.* § *3. tit. 61.* de plano procedat, resoluendam est illam legem, quatenus ab intestato suos admittit hæredes, iuris communis regulā offendere, quoniam, *vt supra diximus,* conditionalis cōcessio *pro eo, quem nominabit emphyteuta,* nō defertur hæredi ab intestato, vt plane probatur *in l. Si mulier, 25. C. de iur. dot.* in qua specie concessionis cōditionalis, vtriq; lex illa Regia *d* § 3. loquitur, facta relatione ad principium tituli, *vt iam supra adnotauimus.* Quare quod ait absque alia nominatione, concedendam esse filio nominatione carenti emphyteusim pro nominando, i. e. si nominabitur, concessam certe iuri communi repugnat. Et consequenter quod ea lex Regia probat collateralib. ab intestato succedētib. negandā esse emphyteusim, iuris præceptis cōsentanea est, tantū abest vt iuris cōmunis correctoria sit. Quemadmodū Pinel. *d. n. 11.* credidit, & neoterici quidam eius discipuli, qui hæc minime videntur perpēdisse: rectius n & notabilius multo docuissēt d. l. Regiā, emphyteusim suis concedentem, iuri communi contrariam esse, illam vero cognatis negantem, iuri cohærentem omnino esse, *per supra dicta,* & ne plura concurrant specialia seu fictiones. 35

Nec † me mouet illorum argumentum *d. l. conficiuntur, ff. de iur. codicillor.* quia & si verum sit ab intestato succedentē secundū defuncti voluntatem succedere, id tamē solū procedit in eo, qui potuit libere testari, & noluit, quo casu lex interpretatur, quod voluit permissiue, *vt infr. q. 13. n. 9.* ab intestato venientes succedere: alıter nō. Qua ratione veū titulū ab intestato succedētes a defuncto non habēt, sed magis a lege hæreditatem illis defe. ē c. *vt tradit Iacob. de feud. in prin. vers. dubitatur in fin.* licet aliter videatur loqui Curt. iun *cons. 4 n. 16. cum seq* qui tamē nō negat ficte & interpretatiue, hoc casu videri, venientes ab intestato vocatos: quod dicta post Bal. verū esse, profitetur Corne. *lib. 3. cons. 161. col. fin.* Quare necessario fatendum est, illā fictā & interpretatiuā vocationē defuncti, nominationē emphyteuticā, de qua agimus, positā in conditione, si nominabitur, inducere nō posse. Certi n. iuris est, posita in conditione adimplenda esse, vere in forma specifica non ficta & interpretatiua, *ex his, quæ habentur in l Qui hæredi. ff de cond. & demonstra.* tradit Barba. *li 1 cons. 27. col. 15.* resoluens proinde, vbi cōditionaliter filii legitimi vocātur, nō admitti legitimatos. Qua etiā ratione Ias. vtiliter quidē *in Rub. ff. de lib. & posthu col. 2.* scripsit legitimatum filium, vt succedat in eo, quod patri placuerit, intestato patri succedere nō posse, quia ficta seu interpretatiua, tantum adest voluntas, non vera & expressa *vt ibi probat Ias. n. 5. 14. & 18.* quæ non sufficit ad implemētum conditionis, quæ exigit veram & manifestā, seu planā voluntatē, *tradit Couarr. de sponsal. 2 p. c. 8. §. 8. nu. 2.* nec semper taciti & expressi, idem est iudicium, *vt habetur in l. Cum quid ff. si cert petatur,* vbi Soci. *nota. 5.* & Dec 2. probant in statutis & similibus exigentibus veritatem, appellatione substituti, non contineri tacitum substitutum. Quod etiā Aretin. voluit, *in l. Quamuis, C. de impuber. tradit Tiraquell. lib. de morte, 2 part. declarat. 10 a num. 7.* Quod in his terminis præcipue procedit in quibus plura concurrunt specialia, *vt adnotauit Corn. lib. 3. consil. 161. col. fin. contra l. 1. C. de dotis promi. vt diximus nu. 19. supr.* Non sufficit igitur tacita ista vocatio ab inte- 36

stato, vt filius ab intestato succedens, nominatus censeatur, quia conditio est implenda per actum verum, non fictum, *l. 3. §. hac verba, ff de nego. gestis, Bart. & Bald. quorum meminit Corneus li. 3. con. 235. n. 2.*

37 His † accedit, quod in terminis tradit Bertrandus, *lib. 1. consil. 90.* resoluens, quod si filia renunciauit legitimæ, in fauorem illorũ fratrum, quos pater nominabit, non obstante dispositione *c. quamuis pactum, de pactis in 6.* Si pater nullum nominauit, quia deficit conditio, sub qua filia hæreditatẽ sibi deferendam a se abdicauit, successionem petens audienda est. Quod sane in proposita specie plurimum iuuat, vt similiter deficiat emphyteutica concessio, si nullus nominetur: in vtraq;, n. specie deficit conditio, & consequenter concessio: licet videatur dubitare additio Alex. *lib. 6. consil. 132. nu. 3. & consil. 29. num. 1. lib. 3.*

Vlterius multum illud vrget, si consideres, hæreditatem ab intestato delatam a lege magis, quã defuncto obuenire, *l. Lege obuenire, ff. de verbor. signifi. l. 3. §. de illo, ff pro socio.* Quapropter ab intestato succedens proprie, non capit a defuncto hæreditatẽ, sed ficte & improprie dicitur ille ita voluisse, quasi se conformans cum dispositione legis deferentis, proximo successionem, *vt in d. l. consiciuntur, & in l. Si quis cum nullũ, eod. tit.* Quæ ficta & impropria voluntas, vtiq; in contractibus, in quibus verba sunt stricte intelligẽda, & in propria significatione accipienda, non sufficit, *vt tradunt nostri in l. Quicquid adstringenda, ff. de verbo. oblig.* Facit, quod tradit Bald. *in c. feudum, ea lege, si de feudo fuerit contro.* vbi resoluit concessam alienandi potestatem solum porrigi ad veram alienationem, quæ pendet a vera voluntate, non vero impropriam, qualis est, quæ fit delinquendo ex dispositione, *l. Si quis in tantam, C. vnde vi,* quæ vera non est alienatio, quamuis ex legis interpretatione delinquens, videatur consentire pœnæ legis, & consequenter alienare, *vt habetur in l. Ex maleficiis, 4. ff. de act. & obligat. & in l. Imperatores, 34. ff. de iure fisci, Paulus in l. Quam Tuberonis, § fin ff. de peculio, tradit D. Thomas 2. 2. qu. 18 artic 3 in corpore, Fortu. in l. Legitima, a n. 66. ff de pactis.* Quæ ratio in casu nostro maxime procedit, in quo vltra quod sumus in contractibus, agimus de concessione conditionali, cuius naturæ est proprie adimpleri, nõ interpretatiue, secundũ *adnotata in l. Qui heredi, ff. de condit. & demonstrat. & in aliis iam supra citatis locis.* Cum duo igitur concurrant vincula, seu rationes restringendi concessionem ad veram nominationem excludi debet interpretatiua, inducta ex vocatione ad successionẽ ab intestato, quam *supra* diximus, legis magis esse, quam hominis.

38 Item † cum limitata causa, limitatum soleat effectum producere, *l. in agris, ff. de acqui. rerum dominio,* dominus emphyteusim concedens in fauorem eius, qui nominabitur, sane se restrinxisse videtur ad casum, quo nominabitur. Ergo si nullus nominetur, nulla iuris ratio obstat ecclesiæ, quo minus rem possit recuperare, quasi ad se reuersam ex defectu concessionis. Quamobrem sine dubio res emphyteutica ad ecclesiam reuertitur, *vt per Bart. l. Qui Romæ, § duo fratres q. 8 ff de verborum obliga. coniuncto Ang. & Alex. ibidem,* qui loquuntur in concessione, pro quibus dederis facta, *vt in specie adnotauit Curt. Iunior consil. 4. post n. 2.*

39 Quod † autem d. lex Regia in §. 3. *tit. 62.* non sit extendenda ad emphyteusim ecclesiasticam, non leue induci potest argumentum ab absurdo: Si enim filius aliter non nominatus, sed ab intestato succedens, emphyteusim obtineret (quia ecclesia videtur concessisse iuxta formam legis Regiæ, secundum quam emphyteutica concessio est interpretanda) vtique sequeretur deficiente filio legitimo naturalem, seu illegitimum, emphyteusim petentem, audiendum fore ex eodem § 3 hoc generaliter statuente, coniuncto §. 4. ibi *& non auendo descendẽte lidimo, aia esse foro o seu filho natural, se o teuer, ainda que seu padre fosse caualeiro, ou acontiado em caualo.* Quod tamen iuri repugnat, ex auctoritate Bald. communiter ibi recepti, *in l. Generaliter. § cum autem, C. de instit. & substit. sub conditione factis, Feli. c. in præsentia de probat. num. 24 cum aliis, de quibus in d. § 4.* Ex auctoritate etiam Senatus nostri, qui pluries hisce filiis naturalibus, negauit emphyteusis ecclesiasticæ successionem, tanquam earũ, & ecclesiæ inimicis, quos etiam in perniciem ecclesiarum habiles efficere, lex ciuilis non potest. Quare vt noster Senatus censuit, lex illa Regia, naturales filios admittens, ad emphyteusim profanam, restringenda est. Quod etiam quandoq; obseruasse sacrum Regium Senatum vidimus ex Ripa, *in l. Si vnquam, C. de reuo. donat. quæst. 32. num. fin.* quam sententiam tenuit etiam magnæ auctoritatis suo seculo Iurecõsultus Gonçalus Valascus in *l. Ex facto, §. si quis rogatus in 1. ff ad Trebell. col. 11.* vbi nominatim resoluit ad emphyteusim profanam d. legem Regiam restringendam esse, ne quo modo ecclesiæ noceat, quæ pro naturalibus minime videtur concessisse. Ex quibus procul dubio constat, diluta esse omnia pro parte aduersa argumẽta; nempe quod ecclesia videtur contrahere, secundum statuta & consuetudinem regionis, item quod vtile dominium, tanquam quid temporale, subiici debet legib. Imperii, *vt Ancha. placuit.* Quæ & si vera sint, intelligenda sane sunt, dummodo cesset ecclesiæ præiudiciũ. Quamobrẽ adhærendum firmiter est præceptoris insignis Costæ sententiæ, quam ante eum probauit Gunçalus Valascus, & post illum Gomezius: a quibus recedere, sanæ mentis non erit: si maxime consideres, contrariam opinionem, nullo vrgenti fundamento, suffultam esse, aut auctore niti. Excipio doctores Conimbricenses doctissimos quidem, qui studio forte contradicendi Emanueli Costæ, contrarium docere non dubitarunt.

Ego, † vt eorum efficacius euertam sententiam 40
(quatenus intelligunt d. l. Reg. *lib. 4. tit. 62. §. 3.* deductam esse ex regula, *l. 4. C. de contrah. stipulat.* secundum communẽ scribentium sensum probantium, stipulationem, *pro eo, quem, cum moriar, nominabo,* ad meum hæredem pertinere) animaduerto d. l. Regiam, *in eo §. 3.* emphyteusim concedere filio emphyteutæ decedentis & si hæres patri non sit, nec se eius hæreditati immisceat. Quo fit, vt necessario fateri teneamur eam Ordinationem prorsus a dispositione *d. l. 4.* recessisse, secundum quam debuisset filius hæres esse, vt emphyteusim cõsequeretur. Porro deferri emphyteusim in casu d. l. Regiæ. §. 4. filio non hæredi vtique deducitur ex verbis illis. *Aia esse foro o seu filho natural, se o teuer, ainda que seu padre fosse caualeiro, ou acontiado em caualo.* Ecce qualiter in defectum filiorum legitimorum,

rum emphyteusis concessa pro eo, quem emphyteuta nominabit, naturali filio militis ab intestato defertur, quem non esse hæredem patris ab intestato, lex Regia probat, *lib. 4. tit. 71. §. 1. ibi, & falecendo sem testamento, herdarano seus bens os parentes mais chegado, & nano os filhos da manceba, saluo se seu padre, forpiano.* & nihilominus *in d. §. 4.* is filius militis emphyteusim consequitur, si nullus adest legitimus. Ergo incaute (nisi fallor) loquuntur, qui putant d. legem Regiam a dispositione *d. l. 4. C. de contrah. stipula.* profluxisse, secundum quam hæres ille esse debet, vt dotem stipulatam consequatur ex communi scribentium interpretatione. Vnde euidenter apparet d. legem Regiam *in d. §. 3. & 4.* a regulis iuris communis omnino recessisse. Tum quia nullo nominato contra formam dominicæ concessionis, filio ab intestato, emphyteusim defert, quæ magis extincta censeri debet. Tum quia illam defert filio hæredi non existenti, contra *d. l. 4.* & communes regulas. Nec existimandum est legem illam Regiam *in d. §. 3.* hæreditatem repudianti filio legitimo, nõ concedere emphyteusim, imo negare: quod vtrq; vt incaute dictum statim refellimus. Nulla enim ex parte *d. §. 3.* colligitur oportere, quod filius hæreditati se immisceat paternæ, quo emphyteusim petere possit: Imo ex §. 4. continuatiue legendo, modo quo supra inducto, plane deducitur, ab hæreditate se posse filium abstinere, & emphyteusim petere, ne ille deterioris sit conditionis, quã naturalis a milite procreatus per supra dicta, quod diligenter obseruandum est. Et mirandum quidem, quod strenuus Pinell. *in d. l. 1. C de bon. mat. n. 11.* aut etiam Costa ad id non aduerterint, qui sane videntur intellexisse oportere, filium ab intestato hæredem esse, vt petere emphyteusim posset, quod nefas est, & legis Regiæ verbis omnino contrarium. Vnde procul dubio respondendũ est, Lusitanum Legislatorem *in d. §. 3. & 4.* aduersus dominum directum (ne quo modo emphyteusis extinguatur) noue statuisse proximum descendentem ab intestato, emphyteusim posse habere, & petere, quamuis ille patris hæres nõ sit. Quemadmodum non est peditis, seu plebei, filius naturalis, cui nihilominus per *d. §. 4.* emphyteusis defertur. Ex quib. etiam cauendum censeo a doctrina clarissimi I. C. Morgouiejo, qui dũ anno 1547. legeret Conimbricæ, *t. ad aures, de reb. ecclesiæ, d. l. Regiam, in §. 3 & 4.* defendi posse dicebat, quando filius ab intestato est hæres patris: docens, hoc casu eam intelligendam esse, quod perperam ex superioribus dictum esse constat. Parcant mihi pii Manes viri eximii.

41 Vera † est igitur in his regnis traditio, patre intestato decedente emphyteusim, quã habebat ipse, cum potestate nominandi, quem vellet, ad filium pertinere, licet patri hæres non existat, vt d. l. Regia §. 3. & 4. probatur modo, quo supra inducta. Quæ dispositio mihi noua semper visa est, & iuris nostri præceptis sane contraria per supra scripta, quamuis non desint, qui putent d. l. Regiam in ea parte, qua probat necessarium non esse, quod filius sit hæres, iuri communi conuenientem esse, quoniam inquiunt, emphyteusim nihil commune cum hæreditate habere, & propterea a filio repudiante paternã hæreditatẽ, retineri recte posse, *vt tradit Sali. in auth. vnde si parens, n. 5. C. de inoffic. testa.* firmans communem Alex. *l. quod dicitur, ff. de verbor. oblig. n. 19. versi. illud tamen Iaf. in l. 2. C. hoc tit. n. 226. Alci. 1. regula præsumt. 31 n. 1. Iulius Clar lib. 4. §. feudum, qu. 76. idem Iul. Clar. in §. emphyt. q. 37.* Capitur enim emphyteusis in testamento relicta, titulo particulari prælegati, quare hæres institutus in parte hæreditatis, seu in re certa, si specialiter nominatus fuerit in emphyteusi illam accipit, tanquam prælegatũ, ac propterea partem hæreditatis, in qua fuit institutus repudiare potest, & emphyteusis prælegatum consequi, *l. cum responso, C. de legat.* ibi: *Cum hæreditati matris filia renunciasset nihilominus eam recte legatum vindicare visum est.* & clarius I. C. Papinianus *in l. Filio, 87. ff. de lega.* vbi filio pater, quem in potestate retinuit, hæredi pro parte instituto, legatum quoque reliquit. *Durissima,* inquit, *sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hæreditate. Non enim impugnatur iudicium ab eo, qui iustis rationib. noluit negociis hæreditariis implicari.* Probat etiam Vlpian. *in l. Qui filiab. 17 §. fin. ff. eod.* ibi: *Si vni ex hæredib. fuerit legatum, hoc ei deberi officio iudicis familiæ herciscundæ, manifestum est. Sed & si abstinuerit se hæreditate consequi eum hoc legatũ posse constat.* Probat etiam Iulianus *in l. quæsitum, 91. §. duob. ff. eod.* probat etiam tex. *in l. apud, §. si quis ex vncia, ff de doli mali exceptio. & l. Si qua, C. famil. hercifcun. cum aliis, quæ infra suo loco tractabuntur.* A qua communi traditione, vt illi arbitrantur, l. nostra Regia ortũ videtur habuisse, quatenus filio nolenti ab intestato hæres esse, emphyteusim, de qua agimus, concedit. Quæ sane incauta assertio mihi semper visa est, & procul abiicienda (quemadmodũ plures aliæ in hac materia emphyteutica passim reperiuntur ab iis probatæ, qui putant regulandas esse nostras emphyteuticas cõcessiones ab illis, quæ in aliis regnis frequenter vsurpantur, & de quibus nostri interpretes agunt.) Aduerte tamen, quod præfati auctores, qui probant, posse filium emphyteusim petere, & paternam hæreditatem repudiare, loquuntur, & procedunt in concessione facta pro filiis ad quã vtrq; obtinendam sufficit, quod sint filii, nec exigitur, quod sint hæredes, *vt tradit Alex. firmans communem in consi. 129. lib 5. n. 2. Ruinus li 1 consi. 220. n. 3 & 4. Iulius Clar. li. 4. sentent. §. emphyteusis q. 37.* Nos in longe diuersa concessione loquimur *pro eo, nempe, facta, quem possessor nominabit,* quæ resoluitur, *vt supr adnotauimus* in conditionalem, si nominabitur: qua ratione, vt filius illam petere valeat, se nominatum debet ostẽdere, aliter nullam prorsus actionem habet ex concedentis voluntate, qui patre non nominante voluit emphyteusim extingui, & dominium vtile cum directo consolidari. Qua ratione d. l. Regia quatenus emphyteusim concedit filio, mortuo patre ab intestato communes regulas lædit, maxime quãdo ille patri hæres esse repugnat: cuius oppositũ obtinet in cõcessione pro filiis facta, per quod filiis eo ipso est ius quæsitũ tanquã filiis, & si hæredes nõ sint, vt præfati interpretes docent. Quamobrem quæ illi auctores resoluunt ad casum legis nostræ Regiæ, quæ in concessione longe diuersa loquitur, applicari non possunt.

Ex † his etiam sedulo cauendum censeo a sacri Regii Senatus aresto, quo ego semel pronunciatũ vidi, filium ab intestato patre mortuo emphyteusim sub forma, de qua agimus, concessam petentem, auditum non fuisse, quia paternam hæredi- 42

tatem repudiauerat, arbitrati enim fuere viri grauissimi *per d.§ 3. tit.62.lib.4.* abnegandā esse filio emphyteusim, nisi ille patri hæres esset. Quod sane suprascriptis palam repugnat; nec defendi potest in profana emphyteusi, dispositioni d.l. Regiæ omninò subiecta, quæ, vt prædiximus, emphyteusim filio concedit, & si hæres patris non sit.

43 Ego † eam Senatus Regii decisionē solitus sum defendere, vt procedat, quando pater decessit testatus, filiumq; hæredem scripsit, in qua specie l.Reg. *lib.4. tit.62. in prin.* eo ipso illum nominatum censet, & posse emphyteusin petere probat: modo, si is filius hæres scriptus à patre, repudiauerit hæreditatē, aut alia de causa, illam capere non valeat, pro extraneo, & non scripto hærede habetur, & consequēter emphyteusi carebit, *ex his quæ tradit Georgius de Natā, in c.quamuis pactum, de pactis, in 6. col 59. q.7. vers. tertium dubium.* Et est in promptu ratio, quia in casu isto, sub illo vniuersali titulo hæredis, inest tacita ad emphyteusin, intrinseca nominatio, quæ simul cum titulo hæreditario sine dubio extinguitur, simulac filius non vult esse hæres. diuidere enim defuncti voluntatē, & ꝓ parte illam acceptare non potest, *argumento eorum, quæ scripsit Gome. in tit. de legatis n.33.* & est bonus casus *in l.Lutius.14 de fideicom. liber.* per quē Bart. notabiliter voluit hæredē simul, & executorē testamentarium constitutū, executoris officio carere, si hæreditatem repudiauit. Quod idem Bar. voluit per tex. *ibi in l.codicillis. §. Sticho. ff. de annuis lega.* cōmendat Aretin. *in l.qui plures. ff. de vulgar. Iaf. in l.1. ad fin. ff. de acq. hæredi. Decius in l.hæredem, prope finem. ff. de reg. iur* Est etiam ad hoc bonus tex. *in c.1 an agnatus, & ibi Bal. n.15. & post n.17.* probans audiendū filium non esse, antequam hæreditati se immisceat: Facit Soci. *in l.Centurio. ff. de vulga. n.16. cum seq.* resoluens, quod in materia successionis, si fiat mentio liberorum, intelligitur de illis facta, qui possunt succedere, & non repudiant: aliter masculus per statutū excludens fœminas, nisi velit succedere, illam minime submouet. Cōcordat Corneus, *lib.3. cons.10. n.2.* Quæ vtilis profecto resolutio est, & notabilis differentia inter succedentem ab intestato, & ex testamento.

Ex his igitur sic expensis constat, multo veriorē esse hanc Costæ sententiam, quod emphyteusis ecclesiastica, pro eo, quē nominabit emphyteuta, nullo nominato extinguitur, & ad ecclesiam ipso facto reuertitur, non obstante l. Regiæ dispositione *d.§.3. tit.62. lib.4.* à qua non esse in foro recedendū puto, tanquam vera, & solidis iuribus & rationibus comprobata. Quocirca contrariæ (& si receptior videatur) præferri debet, ex Probo *in c.1. de consti. in 6. n.9. super verbo, validioribus rationibus*, qui plures alios refert, *Decius cons.23 post n.6. & Curt. iun. cons.29. sub n.11. Gramma. voto.11 nu.12. cum seq. Plaça in sua praxi lib.1. c. 19 post nu.23.* idq; fauore ecclesiæ maxime admittendūm est: pro quā in dubio est ferenda sentētia, *vt per Plaça d.loco. Neuiz. in sua sylua nupt. ad fin. n.47. vers. item pro religione & ecclesia. notatur in l.sunt personæ. ff. de religio. & sumpt. fun. Iaf. in l. fi. C. de pactis n. fin. & in l. Si qua mulier. nu.4. & 5. C. de sacrosan. eccles. Egidi. lib. de muneri. fol.199. n.10.*

44 Deniq; † contraria opinio, sine difficultate admitti potest, vbi nominandi potestas, pure est concessa, quo quidem casu, cessant omnia iura & argumēta prædicta. Vnde si emphyteusis sub hac forma reperiatur indulta, *pera vos, & pera duas pessoas apos vos. s. pera que, vos nomeeis a segunda, & esta segunda, possa nomear a terceira*, sine dubio ab intestato filius succedens, emphyteusin, ēt ecclesiasticā cōsequetur, tanquam nominatus, dummodo tñ sit hæres patris; *per d.l. Si mulier.25. C. de iure dotium*, cū his quę lato sermone tradit Curt. iun. *cons.4.* resoluens hæredē ab intestato, succedentem ēt extraneum, & non suū; petere posse emphyteusin, generaliter concessam ab ecclesia, taliter ꝗ valeat ad extraneos hæredes transire, vt cōtingit, qñ concessio facta est, pro eo cui dare volueris, quo casu ille loquitur, & multis cōprobat ab intestato succedentē, non suū, emphyteusin consequuturum, & si illa ecclesiastica sit: quæ resolutio in modali concessione, per supra scripta defendi potest, non conditionali.

Aduertendum † tamen diligenter est, quia Curt. 45
iun. *d cons.4.* loquitur in casu, quo fuit facta cōcessio, *pro quibus dederis*, quæ secundū ea, quæ supra diximus, resoluitur in conditionem, *si dederis*, & nihilominus firmo (vt aiunt) pede asserit emphyteusin eo modo ab ecclesia cōcessam, ad cognatos ab intestato succedentes pertinere. Quæ profecto notabilis traditio est, per quam omnia suprascripta labefactari, ac euerti posse videntur, nostramq; legem Regiam *d. § 3. lib.4. ti.62.* defendi, quatenus ascēdentibus, & descendentibus ab intestato, huiusmodi emphyteusin cōcedit, impugnari vero quatenus cognatis, eādem negat. Videamus ergo, *an quæ Cur. d. loco adducit, componere tantam possint difficultatem.* Ad cuius rei cognitionem aduerto legem nostram Regiam *d. §.3. ti.62.* facta relatione, ad principium loqui, & procedere, in concessione facta, *pro eo quem nominabit emphyteuta possessor*, & sic in specie à Curtio tractata, in qua fuit mihi emphyteusis concessa, *pro me, & pro quibus dedero.* Quocirca, quemadmodū supra diximus concessionem, de qua in l. nostra, resolui in conditionalem, *si nominabo*, ita illa resoluenda est, *si dedero.*

Aduerto † etiam, vtramque cōcessionem inclu- 46
dere extraneos, ad quos emphyteusis, sub ea forma concessa, transire sine dubio potest, vt cum cōmuni *d. cons.4* resoluit Curtius iunior *n.1. versic. sed quoniam, tradunt Bald. & Præpos. in c.feudum, ea lege. Si de feudo fue. contro. & ibidem Nicol. de Neapo. & Aluaro.* Quæ vtilis est declaratio ad d.l. Reg. *lib.4 tit.62. in prin.* probantem hæredem scriptum videri nominatum, ad emphyteusin concessam, *pro eo quem nominabit*, vt procedat, etiam si is hæres sit extraneus, & ea emphyteusis sit ecclesiastica, quia illa generalis forma, concessionis, *pro eo quē nominabo*, seu, *cui dedero*, etiam extraneos continet, maxime si hæredes instituantur, *vt habetur in c.1. de feudo non habente propriam naturam feudi. Curt. iun. d. cons.4. n 1 ante versi. sed difficultas.* Certi enim iuris est, quod illa clausula, *& quibus dederis*, seu *cui dederis*, præstat emphyteutæ alienādi facultatem, tam inter viuos, quam in vltima volūtate, per viam testamenti, *Bar. in l. si ita quis. § ea lege. de verb. oblig. Alex. cons.188 lib.2. col.4. & Curt. ibidem, versicu. sed difficultas.* Quare quemadmodum licet extraneum hæredem facere, ita etiam licet eidem emphyteusin relinquere, ex illa clausula, *cui dederis*, quæ etiam extraneos includit, *vt idē Cur. iunior tradit cons.130. n.2. & lib. de feudis, 2. par.3. p. nu.64. Bossius de bonor. publica. ante n 62 pag. 523. Beninca. in § omnium, de acti. n.55. Paris. lib.4 cons.85. n.14. & Affli. in c.donare. n.15. qualiter poterat olim, & in c.feudum, si de feudo fuer. contro. n.1. Couar. lib.2. resolu. c.17. colum. antepenult. Rolan. cons.42. num.10. cum seq. lib 1 & cons.96.*

conſ.96.num.34.qui firmat communem Rubeus conſ.110.in princ.cum alijs,de quibus infra proxime.

47 His † ſic præſuppoſitis,ait Curt. *d.conſ.4.ante nu. 2.cū ſeq.* fatendū eſſe emphyteuſim,de qua agimus, non minus pertinere ad cognatū ab inteſtato ſuccedentē, q̄ ad eundem hæredem ſcriptum, ſi quidē in vtroq; caſu, ad illum pōt emphyteuſis tranſire, & in vtroq; concurrit defuncti volūtas, & iudiciū volentis,emphyteuſim ad eum peruenire, *l. conficiūtur.8.ff.de iure codicill.* ibi, *Creditur paterfamilias ſponte ſua his relinquere legitimā hæreditatē,* & ibi notāt Dd. *& in l.cum filio.ff.de leg.1.* Nec inter expreſſam,& tacitā voluntatē,tanta conſtituenda eſt differētia, vt ab inteſtato ſuccedēti,& ſic tacite vocato, eadē emphyteuſis nēgetur, quæ expreſſe ex teſtamento vocato cōceditur, contra regulā l. *Cū quid.ff.ſi cert. pet.& ibi Dd.* Quæ eſt ratio propter quā *in d.l.cū filio,* omnes probāt, poſſe iure optimo, ſic ab inteſtato ſuccedentes grauati,quia non minus,quā ex teſtamento vocati(qui grauari poſſunt *iuxta notata in l. ab eo,C.de fideicomm.*) honorati videntur. Sic ēt tacita alienatio, alienatio eſt. *l. Alienationis verbo.ff. de de verb.ſign.* vbi Iureconſultus docet alienare videri eum, qui vſucapionem patitur, licet is tantū taceat,& permittat rē vſucapi. Quo argumento hæc probabilis videtur ſentētia quā tenuere Nicol. de Neapoli,& Aluar. *in d.c.feudū,ſi de feudo fuer.controu.* quatenus indiſtincte probāt emphyteuſim,ſupra ſcripta forma conceſſam, ad hæredes extraneos tranſire: nulla facta diſtinctione, ex teſtamēto,an ab inteſtato ſint vocati, quod ibidē Præpo. magis probat,dum ait,quod ſtante d.clauſula, *& quib.dederis,* emphyteuſis tranſit ad extraneos,& domino irrequiſito pōt alienari: præſupponit plane Præpoſitus tranſire hanc emphyteuſim ad extraneos ab inteſtato:nā ex teſtamento non eſt dubiū poſſe tranſire, vt iam ſupra reſoluimus, ſecundum quē ſenſum, eum pro hac ſententia inducit Curtius *d. conſ.4.nu.2.ad fi.cum ſeq.* Inducit ēt Curt. *d.conſ.4.n.4.* in huius ſentētiæ fauorē Bal.doctrinam *in l.1.q.34. ff.de rerū diui.* reſoluentis conceſſionē pro quib. dederis,& pro quibuſcumq; hæredibus minime differre,& propterea vtramq; extraneos hæredes includere. Atqui ſtante cōceſſione *pro quibuſcunq; hæredib.* nemo dubitat admittendos cognatos ab inteſtato. Ergo & ſtante *pro quibus dederis.*

48 Inducit † etiam Bald.Nouellum,reſoluentem, quod vbi maritus vxorē hæredē ſcripſit, & grauauit,vt poſt mortem,hæreditatem agnato reſtitueret,cū facultate, quod ex hæreditate poſſet, mille aureos detrahere, & de illis libere diſponere, decedente vxore ab inteſtato,nulla facta diſpoſitione,de dictis mille aureis,eius hæres illos detrahere poterit, quaſi vxor illos reliquerit, ſaltem tacite per regulā *d.l.Conficiuntur.ff.de iure codicillorū:* Sic ergo opinatur in ꝓpoſito emphyteuſim cōceſſam, *pro quib.dedero,* ad hæredem extraneum,mihi ab inteſtato ſuccedentē tranſire,quaſi illi ego dederim. Satis n.dicitur dare,qui ab inteſtato decedit *d.l.cōficiuntur*, cum ſua materia, de iure codicillorum *l. Codicillis.§.matre.ff.de lega.2.* vbi prohibitus extra familiam alienare non pōt rem prohibitam,cognato extraneo ab inteſtato relinquere, quia videtur extra familiā alienare. Quæ omnia, ſi bene conſideras,non nocent,quia loquūtur, & admitti poſſunt in cōceſſione facta pure,& ſimpliciter, *pro accipiēte,& quibuſcunq; hæredib.ſuis, quibus ille dederit, aut dare voluerit:* Quo caſu nihil obſtat,cognatis ab inteſtato ſuccedentibus. Sed contrariū obtinet, qn̄ conditionaliter eſt facta conceſſio. *pro eo,quē nominabo,* qui eſt caſus noſtræ legis Regiæ, in quo facta dicitur conceſſio. *ſi nominabitur ſecunda perſona,aut tertia,* qua non nominata,ex regula deficientis cōditionis, deficit conceſſio, & extinguitur emphyteuſis, per ſupra ſcripta. Quibus neceſſario cōtradicit Curtius,ſi illū referas ad caſum,quo emphyteuſis fuit alicui cōceſſa, *& pro eis,quib.dederit:* quoniā hæc conceſſio reſoluitur in conditionalē, *ſi dederit,* quæ conditio, vt adimpleatur, & illi poſſim⁹ dicere ſatisfactū, requirit veram,& realem dationē,nec ſufficit tacita,inducta, per *d.l.conficiuntur,vt ſupra reſoluimus,* ex pulchro ad propoſitū noſtrum, reſcripto Imperiali *in l.ſi mulier.25.C.de iure dot.* cui minime Curt.reſpondet. Nec quæ in contrarium adducit,a nobis ſupra citata,in oppoſitū quempiā trahere poſſunt,qm̄ intelligi debēt,in modali diſpoſitione cauſſam, nō conditionē habēte, *vt d.l.ſi mulier,* Imperator docet. In hunc ēt ſenſum,legendus eſt Bal. *in c.1.de feudo non habente propriā naturam feudi,* quatenus ait,quod illa cōceſſio, *& quib. dederis,* eſt late intelligēda, vt ꝓcedat quocunq; modo ille det, quem ēt adduxit in argumentū ſuæ intentionis Cur. *n.5.* quoniā id verū eſt,dummodo vere non interpretatiue det, quemadmodū dicitur per ſucceſſionē ab inteſtato dare. Nec cōparatio Bald. æqualē iudicantis cōceſſionem, *pro quibuſcunq; hæredibus,& pro quib.dederis,* nocet: ſi cōſideres, verum illud eſſe, quoad effectū tranſmiſſionis ad extraneos,non vero quoad modū tranſmiſſionis, quia conceſſio, pro quibuſcunq; hæredibus, tanquam pura,per modum interpretatiuum fieri poteſt, nō ſic, *pro quibus dederis*, quæ conditionalis eſt, & verum modum exigit, *per ſupra ſcripta.*

Vlterius † Curtius in ſua perſiſtens ſententia, 49
nonnulla alia inducit notabilia argumēta, quorū aliqua prætermittenda non ſunt,ne,quæ difficillima videntur,miſſa feciſſe videamur. Arguit Curt. *d.conſ.4.ante n.6.* hoc modo. Secundum cōmunem noſtrorū traditionem,multo facilius,quis admittitur, ab inteſtato ſuccedens, quā ex teſtamēto,vt reſoluunt Bar.& Dd.communiter, *in l.cum pater.§. cum inter.ff.de leg.2.* reſoluentes proinde prohibitū alienare,extra familiā inſtituere minime poſſe hæredē extraneum, qui non ſit de familia, quin, exiſtentes de familia,rem alienari prohibitam, conſequantur,per tex. expreſſum *in l. Peto.71.§.fratre.ff. illo tit.de leg.2.* ibi, *Si non paruerit hæres voluntati,ſed domū alienauerit,vel extero hærede inſtituto deceſſerit omnes fideicōmiſſum petent, qui in familia fuerint:* & ibi notat Bar. *nu.2.* receptus ex Alcia. *nu.4.Decio conſ.86.n.1. & conſ.378.* cuius (inquit Curtius) oppoſitū obtinet in hærede ab inteſtato ſuccedēte, quilicet non ſit de familia, rem illam alienari prohibitā extra familiā conſequitur,vt plane Iuriſconſulto placuit, *in d.l. cum pater.79.§.cū inter.ff.de leg.2.* cuius hæc ſunt verba. *Cum inter libertos ad prædiū legatū,liberta quoque fuiſſet admiſſa, quod patronus petiit, vt de nomine familiæ non exiret,hæredem libertæ filium,partē prædij,quā mater accepit,retinere viſum eſt.* Ecce qualiter libertæ filius, qui de familia eſſe non poteſt, partē prædii,quam mater accepit, cōſequitur, in quo ſane aduerſatur tex. *in d.§.fratre,* negāti hæredi ſcripto, poſſe accipe-

re rem prohibitam, extra familiam alienari. Hanc antinomiã Bar. & Dd. communiter resoluẽtes intelligunt, quod tex. *in d. §. cum inter*, procedit in hęrede extraneo ab intestato succedẽte, qui non videtur prohibitus accipere, & si de familia non sit, quẽ communẽ esse sensum Alex. testatur in locis a Iaso. relatis *in l. Filiusfamilias. §. Diui, nu. 102. ff. de leg. 1. & in l. volũtas. col. fin. C. de fideicomm. rursus, & in l. si quis ita. §. ea lege. ff. de verb. obl. tradit Molina lib. 1. Maio. c. 6. a nu. 34. quib. addo Paulum lib. 1. consf. 115. concordat Alcia. d. l. Peto. §. fratre. nu. 4. & d. §. Diui. nu. 41. alios refert Tiraq. de retract. lib. 1. §. 26. gl. 1. n. 5.* Quia tñ obscura tantisper censetur *d. §. cum inter,* inductio, adnotandum est, quod secundum Iureconsultorum respõsa agnati tantum dicũtur, esse de familia, *l. Pronunciatio. 193. ff. de verb. sign. Bar. in l. cum ita. §. in fideicommisso. ff. de leg. 2. n. 4.* & ibi Peralta, *n. 18. versi. prima conclusio,* cõmunem firmat: secundũ quem sensum, filius libertæ, de quo *in d. §. cum inter,* extra familiam libertorum positus est, qm̃ ille cognatus matri, non agnatus dici potest, *§. cum autem. Instit. de legit. agna. tutela.* & nihilominus I.C. docet ad partem matris, admittendum esse. Ergo, inquit Curt. d. loco fauorabilior est successio ab intestato delata quã ex testamento. At vbi cõcessio facta est pro eo quem nominabo, seu, cui dare voluero, non negabit quispiã audiendum esse hæredem institutum, etiã extraneum. Ergo, & multo magis is audiendus erit extraneus hæres ab intestato succedẽs, ꝙ profecto vrgens, videtur argumentum, per quod lex Reg. *lib. 4. tit. 62. in prin.* (quatenus admittit hæredẽ scriptũ, etiam extraneum ad emphyteusim cõcessam, *pro eo, quẽ nominabo*) amplificanda est, vt procedat per argumentum a fortiori, in cognato ab intestato succedẽte: cuius caussa fauorabilior est. Sed stare in his Regnis hoc non potest, per tex. *in §. 3. d. tit. 62.* quæ huiusmodi emphyteusim solis ascendentibus, aut descendentibus, ab intestato succedẽtibus, concedit ceterisq; cognatis, & agnatis ad successionem, viã præcludit, ex ratione a nobis supra assignata, quę sane supra dicto argumento cõfunditur, & suspecta redditur, si maxime cõsideras in casu *d. §. cum inter,* ab intestato cognatum succedẽtem, contra voluntatẽ prohibentis, rem alienari prohibitã, quia de familia non est, consequi, & nihilominus eam capere, quia hęres est ab intestato: multo ergo magis emphyteusim capiet, generaliter concessam, *pro eo quẽ nominabo,* seu, *cui dedero,* in qua, dominica volũtas in eius fauorẽ cõcurrit, argumẽto notatorũ *in l. Titia. ff. ad l. Falcid.* Quid igitur dicẽdũ? sine dubio grauis hæc videtur difficultas.

50 Quæ † sane si dissoluatur, superiorẽ resolutionem maxime cõfirmabit, tantũ abest, vt illam oppugnet. Et Bar. & cõmunis, *in d. §. cum inter l. Cũ pater. ff. de leg. 2. & in l. Peto. §. fratre. eod. tit.* intelligunt, rẽ ꝓhibitã alienari extra familiã ꝑuenire ad scriptũ hæredem extraneum non posse, quia in ea specie cõcurrit grauati factum, rem ipsam hæredi extraneo conferentis, aduersus voluntatẽ prohibentis, cui parere necesse habet: qua ratione, non obstante, eius in hæredem collatione, res prohibita alienari in extraneũ, existentibus de familia, defertur: *vt in d. §. fratre, habetur.* Cuius oppositum secundum cõmunẽ sensum obseruatur, in hærede extraneo ab intestato succedẽte, is enim rem illam cõsequitur, & capit, vt d. §. cum inter, probatur, quia a lege magis, hoc ita disponente, & hæreditatẽ deferente, quã ab ipso defuncto grauato, ne alienaret extra familiã, capere videtur: qua ratione ab intestato succedentẽ extraneum, testatoris prohibitio de non alienando, non comprehendit, *vt explicat Decius, consf. 137. n. 1.* Hæc decidendi ratio, quę cõmunis est, & omnino attendenda, casui nostro applicata, sine dubio ꝙ scripsimus, maxime cõfirmat. In emphyteutica enim cõcessione, quam tractamus, id tantum quærimus, an concedẽtis voluntati sit satisfactũ, si emphyteuta hæredem scripsit, aut intestatus decessit: ea enim clausula, *cõcedimus, pro eo quẽ nominaueris,* seu, *cui dederis,* conditionem inducit, *si nominaueris,* aut, *si dederis,* quæ necessario adimpleri debet, vt ad aliũ posset emphyteusis pertransire, quod optime agnoscens, l. Regiæ lator *in d. prin. tit. 62.* satisfactũ esse verbis, & menti concedentis statuit, emphyteusim ad hæredẽ scriptum pertinere: Satis n. is videtur nominatus, cui vniuersam hęreditatẽ emphyteuta dedit, in eo enim generali hæreditatis nomine, etiam feuda, & emphyteusis, & si quæ alia, etiam sine titulo, defunctus detinebat, continẽtur, & in iudicio petitionis hæreditatis, & familiæ herciscundæ veniunt, *l. 10. ff. familiæ her.* tradit resolute Valascus *de iure emphyt. q. 47.* cuius oppositũ in hęrede, ab intestato succedẽte *in d. §. 3.* statuit, cognato scilicet, seu collaterali, quia is a lege magis, quã vt emphyteuta capit, vt Bar. & cõmuniter Dd. docent *in d. §. cum inter,* ea ratione intelligentes prohibitionẽ de non alienãdo, non includere cognatũ ab intestato succedentem, quia a lege non a grauato capit, quæ ratio e latere cõuerso, in casu nostro (in quo exigitur factũ emphyteutæ, quod ipse nominet, aut emphyteusim det) vtique concludit deficere emphyteusim, & ad hæredem non pertinere, qa conditioni de dando, seu nominando, ab emphyteuta satisfactũ non fuit. Vides quam luculenter ea difficultas, prima facie grandis dissoluitur, & interpretationem ad nostram l. Regiam, sensumq; confirmat, & adstruit.

Verum † cõmunis illa resolutio, admittens cognatũ ab intestato succedentem, eiq; deferẽs rem extra familiam alienari prohibitam, suspecta mihi semper visa est. Idq, noster olim venerandus, & illustris præceptor, Salmãtinæ academię primarius, iuris professor, & Iureconsultorũ omnium, nostri seculi flos, & ornamentũ Doctor Solys, vti verius ob seruandũ, me audiente docebat, non minus ab intestato, quã ex testamẽto vocatum, extraneũ repellendum esse. Repugnat n. prohibentis voluntas, qui voluit rẽ in familia manere, aduersus quã expressam defuncti voluntatẽ, nulla iuris ratio ꝑmittit, admittendũ fore cognatũ ab intestato succedentem. Quapropter contra cõmunem rectius multo resoluendũ credunt Socin. *consf. 43. n. 11. lib. 3. Decius consf. 23. col. fin. n. 6. Crotus in l. Filiusfamilias. §. diui. n. 110. ff. de leg. 1. & ibi Ripa n. 97. & Couarr. in t. Raynaldus de testa. in prin. n. 9. Gome. in l. Tauri 40. n. 47. idẽ Dec. consf. 377. & 422. rursus & 481. Ripa etiam lib. 1. responso. c. 2. nu. 10.* deniq; quam plures referens, hanc magis probat Molina *lib. 1. Maior. c. 6. n. 35. ad finem,* qui tamẽ non curauit tex. *in d. §. cum inter,* respondere, quod minime ꝓbo siquidẽ ab eius, l. sensu pendet huius rei difficultas, valde anceps & ambigua. Bar. ibi, & Paulus quos cõmuniter ceteri doctores sequũtur, intelligũt familiã, cuius ibi facta est mentio, fuisse testato- 51

testatoris, extra quā interdixit, rem illam alienati posse, quod incaute quidē fuisse, & perperā scriptū, idem insignis præceptor me⁹ D. Solys, aduertebat, qui scite quidē, & argute considerauit, hunc sensum stare neutiq̃ posse, quia in eo loco I.C. palam præsupponit libertorū filios, rem illā alienari prohibitā cōsequuturos, quod minime obtinuissent, si extra familiam defuncti patroni, res esset alienari prohibita. Scimus enim, quod libertorū filii, nō sunt de familia patroni, licet ipsi liberti de illa dici possint, *d. l. cum pater, §. fidei. ff. de leg. 2. l. fin. C. de verb. sign.* Ingenui n. iam sunt a libertis nati, *vt in prin. inst. de ingenu. & manu. habetur.* Et ꝑpterea mortuis parentibus, omnimodo exempti ab ipsis patronis manēt, *l. Heres. 8. coniuncta glo. ff. de obsequiis patron. præstan. glo. in l. Non solum. 8. §. si mandato, verbo, filius. ff. de iniuriis.*

52 Quamobrē † necessario resoluendū est, testatorem in casu illo libertis suis prædium relinquētē, ne de eorundē familia exiret, vetuisse, vt multo melius ibidē agnouerūt, *glo. verbo familia, qua exponit libertorū. Alb. & vterq; Rapha. Cuma. ibi, & Fulg. cons. 116. n. 3. & Socin. cons. 43. n. 11. vol. 3.* quod verius esse sine dubio iustificatur, si textū *in d. §. cum inter,* cōtinuatiue legas cū § præced. ibi. *Libertis prædiū reliqt, ac petijt, ne id alienarēt, vtq; in familia libertorū retinerēt, &c.* quę lectio ex verborū cōtextura necessaria est. Hoc præsupposito, & habito ꝑ constāte: adnotādū est, ꝙ libertorū familia ab ipsis incipit libertis, qui illius caput obtinent *l. Familia. 194. ff. de verb. sign.* Quare eorū liberi sunt, de libertorū familia, secūdū Imolam *d. §. cū inter, in medio,* & probatur *in §. libertis, d. l. cū pater.* Qua ratione sine dubio legatū relictū libertis, & eorum familiæ, libertis libertorū defertur, quod ꝑ indubitato I.C. Papinianus habuit *in d. §. cum inter,* vbi propterea solū dubitauit, *an etiā pertineret legatum ad filiū liberta, qui iam non esset de familia matris, sed patris, & consequenter extraneus, & extra familiā libertorū existens, & proinde repellendus videbatur.* Nihilominus tñ oppositum Iurisconsulto placuit, intelligenti, defunctū patronū, qui simul cum masculis libertę legauit, voluisse, vt illa etiam filiis suis posset relinquere, ne deterioris conditionis, quā ceteri colliberti forent, vt constat ibi, *cum inter libertos, ad prædij legatū, liberta quoq; fuisset admissa, quod patronus petijt, vt de nomine familiæ non exiret heredem libertæ filium, partem prædij, quam mater accepit, retinere visum est,* & explicat Ripa *d. l. filiusfamil. §. Diui. ff. de leg. 1. num. 97. in fine,* & prius Decius *cons. 13. col. fin. post nu. 6.* qui sensus iustificari potest, si consideras rem ibi, fuisse libertis legatā cum eo onere, ne exiret de familia eorum, inter quos libertos quædam erat fœmina, cuius similiter familia fuit a defuncto vocata, & consequenter eius filii, qui improprie licet dicantur de matris familia, verba tamen testatoris relata ad fœminæ familiā, eam improprietatem patiuntur, vt intelligātur de ea familia, quam fœmina habere potest, *argum. l. Plenum. §. equitij. ff. de vsu & habita.* Quod hodie sine scrupulo procedit, & admitti necessario debet, ex *l. fin. C. de verbor. sign.* vbi etiam cognatos esse de familia, Imperatori placuit, *vt ibi per Corn. nu. 2. Ias. 21. & Bart. in l. Cum ita. §. in fideicomm. nu. 4. ff. de leg. 2.* vbi Peralta *n. 18. versi. quarta conclusio,* quare hodie fœminæ familiam habent, scilicet, cognatorum. Secundū hunc igitur sensum, text. *in d. l. cum inter,* procedit secundum mentem, & voluntatem disponētis, qui voluit ab intestato succedentes admitti. Sed contrarium in emphyteusi obtinet, quam Dominus maluit retinere, si nullus nominabitur. Et hęc est sane differentiæ ratio, propter quam ille text. nostram magis probat, quam lædit sententiam: siquidē eadem ratio, quæ ibi, ad rem prohibitam alienari, extra familiam, admittit cognatum ab intestato, in casu nostro, prorsus repellit, ac excludit.

Vlterius † Curtius iun. *d. cons. 4. n. 7.* aduersus legis Regiæ dispositionem *d. §. 3.* insistēs in fauorem cognati, succedentis ab intestato, ait, nimis vrgere regulam. *l. ex pluribus. ff. de admi. tutorum, & in l. si mulier. §. ex affe. ff. de iure dot.* vbi omne cessibile est, ad hæredes transmissibile, atqui secundum formam concessionis, de qua agimus, emphyteusis potest cedi, & cuiuis dari, & concedi extraneo, ergo fatēdum necessario est, posse & debere ad hæredes transmitti; quod eo magis admitti debet, quia secundū iuris nostri præcepta, facilior est transmissio, quam cessio, vt cōtingit in actionibus directis, quas ad hæredes transmittimus: inter viuos vero non cedimus, *d. l. si mulier. §. ex affe. ff. de iure dot. glo. & Dd. in l. 3. ff. pro socio, & in l. 1. C. de actio. & oblig. facit Bar. in l. Si sic §. si quis ita. ff. de leg. 1.* qui negat eligendi potestatem, cedi posse, transmitti tamen ad hęredes, posse concedit. Re vera hic sermo non satisfacit, admittimus enim hoc verū esse, & iuri consonans, vbi disponentis non repugnat sentētia, quemadmodum in casu nostro cōtingit, in quo Dominus directus cedendi potestatem, emphyteutæ concessit, & transmittendi negauit. Maluit n. emphyteuticam cōcessionē, extingui, & cum directo vtile dominium consolidari, quam hæredem ab intestato succedentem, habere. Quare Curtii argumentum, cessat ex dominicæ voluntatis, resistentia, transmissionem negante. 53

Cetera † omnia quæ *in d. cons. 4.* diligēter cumulat in cōprobationem suę sententiæ, qua contēdit probare, extraneum hęredē ab intestato, decedētem, petentem emphyteusim, concessam in fauorem eius qui nominabitur, aut cui dabit, audiendū, quod nostra lex Regia *d. §. 3. tit. 62. lib. 4.* nequaquam permittit, satis ex prædictis diluta, mihi adeo videntur, vt respōsione minime indigeant. Id vnum tamē, quod rem ipsam magis tangere, & afficere videtur, prætermittendū non duxi. Inquit Curtius *ibid. nu. 12.* opinioni suæ minime obesse, si dixeris nominationem, per quā proximus ab intestato videtur vocatus, & ad emphyteusim nominatus, impropriā esse, non veram: & consequēter submouēdam, quasi de illa non senserit, directus dominus, cuius nominandi cōcessio facta restringi debet ad veram, & propriā nominationē, non fictā & impropriam, qualis est illa, quæ inducitur ex successione ab intestato, *per l. Conficiūtur. ff. de iure codicillorū,* vbi per notam improprietatis ait Iurisconsultus, *quod creditur volūtate sua relinquere,* & ibi glo. adnotauit verbo, *creditur,* intelligens per fictionē illud procedere, quia inquit, in contractibus, vbi alienationis fit mentio, de alienatione ēt impropria, intelligitur mentio facta, *vt est tex. & ibi notant Dd. in l. fin. C. de reb. alienis, non alienan.* vbi scriptū est, alienationis appellatione, contineri vsusfructus cōcessionem, & hypothecæ nexum, quorum cōcessio veram, non continet alienationem, 54

propter dominii retentionem, quod penes concedentem manet. Qua ratione, quemadmodum prohibitio, de non alienando, verificatur, in alienatione impropria, ita etiam e cōuerso, promissio de alienando, seu nominãdo, quem voluerit, debet verificari in nominatione impropria, quæ fit per successionem ab intestato, *per d.l. Conficiuntur. ff. de iure codicillorũ.* Quod enim operatur propositũ in proposito debet operari oppositũ in opposito.

55 Sed † multum obstat glo. verbo, *creditur, d.l. conficiuntur,* resoluens ex iuris fictione ꝓcedere, quod ibi scriptum est, venientes ab intestato succedere, secundum voluntatem & iudicium defuncti. quę fictio ostendit, contrarium voluisse defunctum, quia fictio fundatur super possibili, stãte veritate, in contrarium, *secundum Bart. & alios in l. Si is, qui pro emtore. ff. de vsucap.* Quocirca quod ait d. glo. per fictionem procedere, quod *in d.l. quod dicitur,* scriptũ est, sine dubio, præsupponit defunctum, nõ illud voluisse, fictione tamen legis, pro consentiente haberi, quia possibile est, quod id ille voluisset, & propterea a testamenti factione, se abstinuisset. Quamobrẽ Curt. *d. cons. 4. nu. 15.* intelligit hanc esse impropriam fictionem, quæ verius loquendo, dicitur præsumptio iuris, & de iure, quæ probationem non admittit in contrarium, quoniam lex non fingẽdo, sed magis insequendo defuncti voluntatem, interpretatur, id illum voluisse, qua ratione ab intestato decedẽs, vtiq; alienare dici potest, improprie tamen, non vere, bona in proximũ cognatum conferre. Quamobrem argumento, quo supra intelligit, satisfactũ esse voluntati concedentis emphyteusim, *pro eo, quem emphyteuta nominabit,* aut, *cui dederit,* siquidem tacite videtur, cognatum ab intestato, proximum vocare, & illum eligere, seu nominare, quæ impropria alienatio in cõtractibus sufficit, *arg. d.l. fin. C. de reb. alien. non alienan.* quod non tam in materia contractus (inquit) procedit, quam in qualibet alia stricta & odiosa, qualis est statutaria dispositio, quæ si in casu vero loquatur, extenditur ad præsumptum, ex his quæ tradit Cuma. *cons. 109.* vbi agit de statuto, quod maritus lucretur certam partem dotis, quod licet loquatur in dote vera, extẽditur ad præsumptam, qualis est, quando vidua secundo nubit, quia dos primo marito data, & ab eo repetita, præsumitur secũdo promissa, *l. dote, quæ in prin. ff. de iure dot.* Quæ omnia & si concedamus, non satisfaciunt, quia, *vt supra diximus,* obstat domini directi voluntas, qui conditionaliter emphyteusim concessit, in fauorẽ alterius secundæ, vel tertię personæ, si nominabitur vere, scilicet, nõ improprie, aut per æquipollens, quemadmodũ conditiones adimpleri, vtiq; debent in forma specifica, *l. Qui heredi. ff. de condit. & demonstrat. cum similibus.* Sed de his iam satis.

56 Resoluendum † itaq; ex supra scriptis est, legẽ Regiam *d.l. 4. tit. 62. in prin.* quatenus emphyteusim concedit, scripto hæredi, iuri communi cõsonantem esse, & consequenter ad emphyteusim ecclesiasticam extendendam, quia voluntati concedẽtis satisfactum est, per hæredis institutionem, secundum ea quę supra adducta sunt, siue concessio sit pura, siue cõditionalis, *pro eo quem nominabo,* seu, *pro eo cui dedero,* quod semper noster senatus sedulo obseruauit, nec ab hac sententia vnquam recessit, quicquid aliqui repugnent. Vbi vero emphyteuta intestatus decessit, per supra scripta, verius est ab intestato succedentem, nominatũ non videri, nec conditioni illi, *si nominabo,* satisfactum esse, & consequenter d. legem Regiam *tit. 62. lib. 4. § 3.* contrarium statuentem, ad profanam tantũ emphyteusim restringendam esse, & in ecclesia locum non habere, quod vix in praxi obtinere poteris. Solent namq; ecclesiastica prætoria, in re tam dubia legis Regiæ, dispositioni, & æquitati accedere, qua ratione secundum d. legem Regiam *in § 3. titu. 62. lib. 4.* vidi pluries obtentum, & iudicatum, quo fit, vt mixta iam consuetudo & dispositio, dici possit laicorum, & clericorum, omnino obseruanda, *vt iam supra aduertimus.*

57 Et † quia supra *nu. 43.* post medium obseruauimus, filium hæredem scriptum, & consequenter nominatum, emphyteusim petere nõ posse, antequam se hęreditati immisceat, adnotandum est in praxi, plerunq; contingere, filium emphyteusim vindicare, non tamen se hæredem patris allegare, quo casu succumbere debere, ex his quæ d. loco scripsimus, facile persuaderi potest. Licet autem verum sit pro filio præsumptionem esse, quod sit hæres, iuxta illud vulgare dictum, si filius ergo hęres, de quo agit Tiraq. *de retract. §. 1. glo. 9. nu. 51. & in lib. de morte. 7. parte decla. 2. quem vide, & Menoch. lib. de adipiscẽda posse. remedio. 4. n. 76. & 80.* illud tamen procedit, si modo se dicat hæredem vt probat Couarru. *in c. possessor. §. 1. col. 2. fol. 158. & in c. Raynutius de testamen. num. pen. fol. 361. col. 2.* facit quod de bona fide allegãda, tradit Balbus *in l. Celsus ff. de vsucap. 3. part. nu. 4. lib. 3. tracta. fol. 95.* Ego tñ censeo, ad cõsequendam emphyteusim, nullatenus necessariam esse hæreditatis immixtionem, quoniã eo ipso, quod ille emphyteusim in iudicio petit, hæreditati se immiscet, quandoquidem illã aliter inepte petiisset, qua ratione, q̃a petere emphyteusim citra ius & nomen hæredis, non potest, vtiq; eo ipso hæres est, *ex adnotatis in l. Gerit. ff. de acqu. hæred. & l. pro hærede eod. tit. tradit Tiraq. de morte declar. 2. nu. 8.*

SVMMARIA.

1 *Lex Regia lib. 4. tit. 62. non habet locum in hærede abusiuo, qui non consequitur emphyteusim.*
Verba sunt proprie intelligenda.

2 *Duæ fictiones, non possunt concurrere.*
Voluntas interpretatiua, non est vera voluntas, quia à lege inducta.

3 *Bonorum possessor, non minus quam hæres institutus, emphyteusim consequitur.*
Bonorũ possessor, non continetur appellatione hæredis.

4 *Bonorum possessor, in effectu est hæres.*

5 *Bonorum possessor contra tabulas, reddit causam ab intestato.*

6 *Fallit lex Regia lib. 4. tit. 62. in prin. in fideicommissario, qui non est hæres.*

7 *Hæres temporalis, non est verus hæres.*

8 *Emphyteusis sub fideicommisso vniuersali continetur.*

9 *Emphyteusis pro filiis concessa, fideicommisso non continetur, extraneo restituendo.*

10 *Hæreditaria emphyteusis est, quæ fideicommisso continetur.*

11 *Substitutus, an sit nominatus.*

12 *Hæres primus, repræsentat personam defuncti.*

13 *Concessio emphyteutica, pro hærede facta, primum non excedit hæredem.*

Consen-

Consensu primo, extinguitur commissio, de consentiendo alienationi emphyteuticæ.

14 *Substitutio, est secunda institutio.*

15 *Cicero maximus fuit Iureconsultus.*

16 *Substitutio, non est institutio simpliciter sumpta.*
Vnio ad vitam, non est vnio simpliciter sumpta.
Verba sunt proprie intelligenda, non secundum quid.

17 *Substitutus, est proprie institutus, & ideo per substitutionem, satisfit conditioni de instituendo.*

18 *Substituto conceditur remedium l. fin. C. de edicto diui Adriani toll.*

19 *Substituto, competunt omnia, quæ instituto.*
Substitutus, succedit testatori, non instituto pupillaris vero succedit pupillo.

20 *In contrarium, imo quod substitutus, non est vere institutus.*
Conditio de præterito, non est conditio vera.

21 *Intellectus Decii, & Ruini.*

22 *Primo nominatus, magis dilectus, ideo si plures nominentur, ille præualet.*

23 *Substitutio, non est institutio, sed secunda institutio.*
Resolutio, pro substituto, quod emphyteusim consequatur.

24 *A capite substitutionis, aliquando incipit testamentū.*

25 *Tacita substitutio, an etiā cōprehendat emphyteusim.*
Vulgaris substitutio, aditione hæreditatis euanescit.

26 *Substitutus, pupillaris expressus, obtinet emphyteusim, ergo & tacitus.*
Tex. in l. fin. C. de edicto Adriani Toll. procedit etiam in tacito substituto.

27 *Statuta guarentigiata, procedunt etiam quoad tacite inclusa.*
Dos tacita lucratur, sicut & expressa.
Pactum nudum, producit actionem in contractu donationis, etiam tacita.

28 *In contrarium, imo quod tacite institutus, non consequatur emphyteusim.*
Substitutio tacita, est contra regulas iuris, & voluntatem defuncti.
Institutio, & substitutio, exigunt verba expressa.

29 *Pupillaris substitutio, in fauorem & vtilitatem pupillorum, fuit introducta.*

30 *Tacita substitutio, est præsumpta, non ficta, aut tacita.*
In statutis, non venit tacita substitutio, appellatione substitutionis.
Expressa substitutio, est fortior tacita.

31 *Statutum de dote lucranda, non extenditur ad dotem tacitam.* (*tacita.*

32 *Pactum nudum, non producit actionem, in donatione*

33 *Scriptum, quid dicatur, & quid heres scriptus.*

34 *Præsumpta substitutio cessat, vbi leges ad literam intelligendæ. Interp. Ordinatio. lib. 5. tit. 58. §. 1.*

35 *Duo specialia, non possunt concurrere.*

36 *Substitutio reciproca, seu breuiloqua, expressa continet, vulgarem tacitam, & pupillarem.*

37 *Verba illa, vos inuicem substituo, quam substitutionem inducant.*

QVÆSTIO VIII.

1 HÆc Ordinatio Regia, quæ hæredem scriptum, nominatū quoq; in emphyteusi censeri, salubriter decreuit, vtiq; in vero hærede accipienda est. Quare ad verum dumtaxat hæredem, restringenda est, non abusiuum, seu fictum, ex auctoritate Bal. *lib. 1. consil. 141. nu. 3.* resoluentis statutū Mediolanense, quod possessio ipso iure, sine apprehensione, transeat in hæredem, seu successorē (cui similem legem habent Hispani. *45. Tauri.*) restringendum esse ad verum hæredem, non ad fictū, seu abusiuum ampliandum fore, quia verba sunt proprie intelligenda, *l. 1. §. hac verba, & ibi Dd. ff. de negot. gest. l. Prætor ait. ff. de suis & legit. hæred Bart. in l. si is qui pro emtore q. 3. ff. de vsucap. & in l. 1. §. hoc interdictū de cisterna*, per text. ibi iuncta *glo. ff. de fonte*, quod in casu Bald. sine dubio admittendum est, quia illud statutum concedens, sine apprehensione possessionem, iuris communis regulis repugnat, & propterea restringi debet ad verum hæredem, ex regula *l. Præcipimus, C. de appellat.*

Aliter † duæ concurrerent fictiones, contra regulam *l. 1. C. de dotis promiss. & ibi glo. & Dd. & in l. cum post. §. gener. & de iure dot. post Bart. & Iaf. in d. l. si is qui, pro emtore. ff. de vsucap. Tiraq. de morte. 2. par. declarat. 2. nu. 5.* Apparet autē, concurrere, eo casu duas fictiones, idq; indubitatum est, si attendis, fictam transferri possessionē in fictum, & non verum hæredē. Quapropter ea sententia Bal. firmiter tenēda est, quā & ipse probauit, *in Rub. de caussa posse. & proprieta. in fine, & cons. 181. col. 2. lib. 1. rursus & cons. 330. eod. lib. probat, & Alex. lib. 2. cons. 81. col. 2. versi. præterea, & post alios Tiraq. lib. de morte. 2. par. declara. 2. n. 3.* Quo sane argumēto, idem in casu nostro videtur respondendū, d. legem Regiam *lib. 4. tit. 62. in prin.* quatenus hæredi scripto, emphyteusim concedit, restringendam esse ad verum hæredem, non vt fictum, aut abusiuum comprehendat. Vigent enim, & in emphyteusi eædem rationes, quibus Bal. & sequaces mouentur. Nam licet verum sit d. legem Regiam, secundū iuris præcepta procedere, vt proxime probauimus *q. 7. in prin.* nihilominus tamen, per interpretationem procedit, ex verosimili testantis voluntate, & intētione, qui eum, quem hæredē scripsit, videtur ad emphyteusim nominasse. Qua ratione, non dicitur vere nominatus ab ipso defuncto, sed quodammodo a lege id inducente, vt notabiliter probat Aretin. per tex. *ibi, in l. Cum res. ff. de leg. 1. nota. 4. & in l. 4. Cato. ff. de verb. obl. col. 8. ad finem*, & illum cōmendans Burigella. *in l. Cum quid. ff. si cert. petat. nu. 10.* Vt diuersa enim Iurisconsultus ponit, in d. *l. Cum res. 47. ff. de leg. 1.* veram defuncti voluntatē, & interpretatiuam, ex verosimili mente deductam, ibi, dum scripsit, *ibi præstanda est, vbi testator voluit, vel, vbi verisimile est eum voluisse.* Quare ne hæc specialitas, simul cum fictione concurrat, quæ fictum, & abusiuum hæredem respicit, sane resoluendum est, d. legem Regiam, ad verum hæredem, restringendam esse.

Nec te moueat *l. 2 §. 1. ff. quemadmodum testamēta aperiantur*, probans ea testamenta etiam appellari, quæ falsa sunt, iniusta, irrita, vel rupta, quoniam id abusiue tantū procedit, vt ibidem I. C. ait. Proprie enim illa sunt, & dicuntur testamenta, quæ iure perfecta sunt, cetera vero abusiue, & extra casum illius interdicti, testamenta falsa, testamenta dici non possunt, *l. Paulus. 219. ff. de verbor. signif.* ibi, *sicut falsum testamentum, testamentum non est, & modius iniquus, modius non est*, vbi plura vide, per Alciat. & per Pala. *in Rub. §. 70. col. fin. & in c. per vestras. §. 47. Feli. in c. ex tenore, de rescriptis.*

Sed † an in bonorum possessore, lex Regia *d. tit. 62. in princ.* procedat probabilis quæstio est, cuius caussam præstat Imperatoris decisio *in. §. quos autē, Instit. de bonor. possess.* qui probat, prætoē, bonorum 3

possessores, facere posse, non autem hæredes, ibi, *nam prætor hæredem facere non potest*, & ibi notant Dd. qui maxime super ratione reddẽda insistunt, & in Rub. *c. qui admi. vbi præ ceteris Decius lectu. fin. col. 1. & Cagn. in l. Prætor bonorum. ff. de reg. iur. Alciat. lib. 3. Parado. c. 3. Fortu. in l. Iurugentium. §. prætor ait. nu. 4. ff. de pactis, Ripa in l. 1. nu. 13. & 14. ff. de vulga. & Dd. in l. in substitutione. ff. eod.* qui resoluunt propterea bonorũ possessorem, hæredis appellatione non cõtineri, quæ communis resolutio est, *secundum Ripam in l. 1. §. bonorum. ff. ad Trebell. num. 3. & Polit. de vulgari. versi. tertio.* Quapropter cum bonorum possessur, hæres non sit, resoluendum videtur d. legem Regiam, in bonorum possessure limitandam esse, quemadmodum, & supra proxime diximus, in ficto, & abusiuo hærede, illam non procedere.

4 Nihilominus † tamẽ mihi oppositũ fore resoluendũ, semper visum fuit. Imo ẽt d. legem Regiã, in bonorũ possessore obtinere, quia quoad iuris effectus, bonorũ possessur ab hærede prorsus non differt, vt Vlpiano placuit *in l. 2. ff. de bonor. poss.* ibi. *In omnibus enim, vice hæredum, bonorũ possessores habẽtur*, & ei remediũ *l. fin. C. de edicto diui Adria.* conceditur *Menoch. de adipiscen. posse. remedio. 4. nu. 327.* quare Bar. verum hæredem esse probauit *in l. 1. §. bonorum. ff. ad Trebell. Cagno. d. l. prætor bon. ff. de reg. iur. col. 2. & fina. Ias. post Roma. d. l. 1. § bonorum, col. 2. idem Ias. col. 1. in d. l. 1. ff. de vulga.* firmans communem, *& ibi Aretin. nota 1. Tiraq. de morte. 2. par. declara. 2. n. 7. Socin. Deci. Fulgo. Ruinus, & alij*, quorũ Mencha. meminit *lib. de successio. resol. §. 10. n. 11.* qui licet contendat priorẽ sententiam veriorẽ esse, negare tñ non potuit hanc Bart. sine dubio obseruandam, vbi eadẽ, quæ in hærede, in bonorũ possessore, ratio militauerit, siue materia sit fauorabilis, siue ẽt odiosa, & necessario restringẽda, vt ibi videre est per eum *nu. 14. cum seq.* & per Socin. iun. *in l. cum filio nu. 171. ff. de leg. 1.* & per Tiraq. *d. 2. par. declar. 2. lib. de morte nu. 6. & 7.* resoluentẽ statutum illud de possessione transferẽda, ipso iure, bonorum possessori prodesse, licet ficto, & abusiuo hæredi non prosit. Sic ergo in proposito, emphyteusim bonorum is possessor cõsequitur, licet illam abusiuus amittat hæres, non verus, quod ex supra scripta comparatione vtique procedit, per quam omnis dispositio, quæ loquitur in hærede, procedit etiam in bonorũ possessore, iuxta regulam *l. Qui nec. ff. de rebus eorum, & glo. fin. in l. si quis seruo, C. de furtis, Ias. in d. l. 1. § bonorum. ff. ad Trebell. nu. 24. Fortuni. in l. Gallus. §. & quid si tantum num. 181. ff. de lib. & posthu.* Nec mouet, quod d. lex Regia, loquitur cõditionaliter, quia d. comparatio, procedit etiam, si lex conditionaliter, de hęrede mentionem faciat, vt probat Iurisconsultus *in l. In conditionibus. 19. § si patronus. ff. de condit. & demonstrat.* secundum verum sensum, & in l. *Ex facto. 17. § fin. eod. tit.* subtiliter a Costa inducta *in d. §. & quid si tantum. 5. par. num. 39.* Quod ita resoluendũ cõsuluit Alex. *lib. 1. cons. 2. n. 2. Bello lib. 4. supputa. c. 19. nu. 4.* & in materia odiosa, & restringẽda loquuntur Ripa *d. § bonorũ n. 3. Cagn. d. l. Prætor. ff. de reg. iur. n. 4. Vberti. l. in fin. 4. nu. 351. C. de edicto diui Adria. & Menoch. lib. de adipiscen. posse. remedio 4. nu. 328.* & in pœnalibus Alcia. *in l. hæreditatis appellatione ad finem. ff. de verb. sign. Bello d. lib. 4. c. 19. nu. 14.* licet Socinus *post Areti. n. 3. ff. de vulg.* & ibi Ias. *nu. 5. ad finem*, & Deci. *d. l. Prætor. ff. de reg. iur. ad finẽ*, contradicant, per tex. *in l. si antequam. 23. ff. ad Syllani.* quę re vera loquitur in fideicõmissario, qui in pœnalib. pro hærede nõ habetur, *Tiraq. de morte. 2. par. declar. 10. n. 12.* nõ in bonorũ possessore, qui adstringitur pœna hæredi imposita, vt ꝓbatur *in l. Portiones. 21. iuncta glo. ff. de his quib. vt indign.* nisi diuersa in eo ratio, diuersam dispositionẽ postulet, *vt tradit Mencha. in loco iã citato.*

Aduerte † tamen, quoniã ista vidẽtur necessario, restringenda ad eum, qui petiit honorum possessionẽ, secundum tabulas, non vero ad petentẽ cõtra tabulas: is enim caussam reddit ab intestato, *vt tradit gl. verbo, petita, in l. vt liberis, C. de colla. gl. etiam. 2. in l. Illud. ff. de bonorũ poss. contra tabu. & in prin. instit. de hæred. quæ ab intesta. vbi Ang. in fine, & Ias. in l. posthumo nato, C. de cõtra. tabu. n. 34. Decius in d. l. vt liberis* (vbi dicũt, de hoc esse tex.) *C. de colla.* Quapropter, quẽadmodũ nos supra resoluimus, per successionẽ ab intestato, non esse satisfactũ conditioni *si nominabitur*, & consequenter, succedentem ab intestato, emphyteusim capere non posse, ita etiam, petentẽ bonorũ possessionẽ, contra tabulas, respondendũ est, tanquã ab intestato succedentem, eandẽ consequi nun posse, nisi illa sit profana, per d. legẽ Regiam *lib. 4. tit. 62. §. 3.* habito pro cõstante, quod illa emphyteusim ecclesiasticam non comprehendit. 5

Ceterum quod diximus, bonorũ possessionem cõtra tabulas efficere defunctũ intestatum, suspectum redditur, ex Bar. auctoritate *d. l. Illud in fine. ff. de contra. tabu. & Ias. in d. l. Vt liberis C. de coll. nu. 15.* qui firmãt hanc esse communem, cui non obstat text. ibi. quia procedit eo casu, quo hæres testamento scriptus, aduertens, per bonorũ possessionem cõtra tabulas, eius institutionem, inutilẽ reddi, hæreditatem repudiauit: quare redditur defunctus intestatus, non quia bonorũ possessio illum reddidit intestatum, sed quia caussam dedit, hæredi repudiandi quod bene nota.

Ex † eadem ẽt ratione, subinfertur legem Regiam *d. tit. 62. in prin.* non procedere, in fideicõmissario vniuersali, qui similiter nõ est verus hæres, vt nominatim resoluit Alexa. *in lib. 2. cons. 82. n. 6. per notata in l. si filius 5. §. 1. ff. quod cũ eo*, vbi de filio, cui hæreditas restitui mãdata est. Paulus respõdens, ait, *effectu enim quodãmodo hæres est*, ꝓbat Marcellus *in l. Postulante. 44. ad finem, ff. ad Treb.* ibi, *& haberi hæredis loco, pro qua parte, restituta ei hæreditas fuisset*: Quibus verbis, plane illa Iurisconsultorũ respõsa docent, fideicommissarium, verum hæredẽ non esse, licet quoad effectũ, hęreditatẽ cõsequatur, vt in eo loco probat Alex. inferẽs proinde, statutũ, per quod in hæredẽ ipso iure transfertur possessio, sine apprehensione, locũ non habere in fideicõmissario vniuersali, qui non est verus hæres, *sequitur Rubeus cons. 21. n. 3. & Tiraq. lib. de morte. 2. par. declara. 4. & declara. 10. a n. 9.* vbi *n. 16.* quã plures citat, licet contradicãt alii. de quib. *ibi n. 17.* tradit Guliel. *in c. Raynut. verbo, mortuo, in 2. n. 73. in fine, cum seq.* Ex quibus hæc sane videtur tenẽda sentẽtia. Sed *an emphyteusis, penes hæredẽ grauatum maneat*, inuestigandum est? Is n. eo ipso, quod scriptus hæres est, nominatus esse censetur, *per d. legẽ Regiam, cum aliis supra citatis*, quod quidẽ hæredis nomen, ẽt restituta hęreditate retinet, vt Imperator docet in *§ restituta, Instit. de fideicom. hæred. l. Qui hæredi 44. §. 1. ff. de condi. & demonstr.* Quare ea, quę fideicõmisso non continẽtur, ille habet, *l. Quia 42. ff. ad Treb.* vt propterea iura sepulchrorũ, ad cũ (& patronatus etiã ecclesiastici, *ex Mene. Rub. de fidei-* 6

de fideicomm. nu. 24. & seq.) pertinere Paulus voluit. Quaẽ ratione is hęres, etiã directas actiones retinet, *d. §. restitura, in fine, l. pen. §. fin. in fine, C. ad Treb. habetur in l. 1. ff. eod. tit. ad Treb.* Quamobrẽ, cum per supra scripta ab emphyteusi, videatur excludendus generalis fideicõmissarius, facie pro scripto hærede, videtur respondendum, quod illam retineat.

7 Obstat † tamen, ꝙ notabiliter resoluit Tiraq. *lib. de morte. 2. par. declarat. 9.* resoluens statutum, de transferenda possessione in hęredẽ, sine apprehẽsione, restringi ad hęredem perpetuum, non temporalem, qualis est grauatus statim, vel post certũ tempus restituere hæreditatem, quia hæredis appellatio, in perpetuo hærede, non tẽporali, verificatur, *vt habetur in l. 1. in fine, cũ lege seq. ff. si ager vectiga. tradit vbi supra Tiraq. & lib. 1. retra. glo. 1. nu. 88.* Nec obstat, quod diximus, hæredẽ nihilominus esse, quia nomine tantum, non effectu, hæres est. Verba aũt cum effectu, semper intelligenda sunt. *l. 1. §. hac autem verba. ff. quod quisq; iur. & in c. relatum de cler. non residen. tradit Decius in l. hæredem, col. fin. versi. & hæres datus ff. de reg. iur. Ruin. lib. 1. cons. 29. col. 3. versi. nec obstat, l. 1.* Quare ad hunc, nomine tantum hæredem, referri verba legis Regiæ *d. titu. 62.* minime posse videntur. Ac proinde sumpto, a sufficiente partium enumeratione, argumento, videtur respondendum, emphyteusim in hac specie, penes directum dominum mansuram.

8 Quibus † sane non obstantibus, ego in fauorẽ fideicommissarii, resoluẽdum puto, imo quod ad eũ emphyteusis pertineat. (Is n. hæredis vice fungitur. *vt per Menesium in Rub. de fideicom. nu. 20. cum seq.* & quid in feudo, Iulius Clar. *lib. 4. §. feudum. q. 85.*) non quod nominatus videatur, quoniã per supra scripta verum id nõ intelligo, magis enim probo, hæredem ipsum nominatum videri, teneri tamen ex onere fideicommissi, rem cum ceteris bonis, fideicommissario restituere, quemadmodum tenetur, & feudum, si ꝙ in bonis est, *vt tradit Cur. iun. lib. feudorum. 4. par. q. 30. versi. 2. Pari. lib. 1. cons. 2. nu. 43. & cons. 3. n. 26. eod. lib.* Potest n. emphyteusis, non minus per viam fideicommissi, quam directo concedi. *vt tradunt Ripa n. 90. cum seq. & ibi Alciat. 21. in l. filiusfam. § diuus. ff. de leg. 1.* ex Bar. auctoritate *in l. si domus. § fin. ff. de leg. 1. & in l. si patroni. ff. ad Treb. rursus & in l. cum virum C. de fideicom. vbi Menesius n. 56. videndus, & Valasco de iur. emphy. q. 48. ad finem*, quod idem voluere Bal. & Alex. quorum meminit Ripa *d. loco nu. 91. & Rolan. lib. 1. cons. 96. nu. 11.* Quo argumento, nos alibi adnotauimus, vinculo maioratus, istbæc bona emphyteutica applicari posse.

9 Quod † sane intelligendum est, dummodo fideicõmissarius, capax sit emphyteusis, de qua agitur, quo casu illam vtiq; obtinebit, aliter minime. Vnde si emphyteusis, concessa fuerit pro filiis, seu vno ex filiis nominãdo, eam emphyteusim minime capiet, extraneus fideicõmissarius, quasi extra caussam fideicommissi existentẽ, tradit Socin. iun. *lib. 4. cons. 79. n. 4. & 25. cum seq.* Quod, argumẽto feudi pro filiis concessi, vtiq; comprobatur, quod ad hæredes extraneos, quemadmodum non transit, ita neq; fideicommisso extraneo, restituẽdo continetur, *Bart. d. l. si patroni. ff. ad Treb. nu. 3. Ripa in l. ex facto. § si quis nu. 17. ff. eod. tit. Cur. iun. cons. 171. nu. 10. Ias. in præludiis feudo. n. 46. Tiraq. de morte. 4. par. decla. 5. n. 17.*

10 Vnde † quod supra diximus, fideicommissarii emphyteusim obtenturum sane restringendũ est, ad emphyteusim hæreditariam, vel iuxta formam legis Regiæ *d. tit. 62. in prin.* concessam, *pro eo, qui nominabitur*, seu, *cui dabitur*, quæ hęredes etiam extraneos, includit, vt iam supra probauimus, quam fideicommisso contineri, respondendũ est, ex Cur. *d. q. 30. lib. feudorum. 4. Par. & Pari. d. cons. 2. n. 43. lib. 1. & Valasco de iur. emphy. q. 48. in prin.* quorum resolutio, tam in ecclesiastica, quã profana emphyteusi, admittenda est, *ex Socin. iun. lib. 4. cons. 79. a n. 13. versi. secunda. & lib. 1. cons. 72. col. 1. & 2.* nam cum ex vi cõcessionis, ad extraneos hæredes transire possit, nihil impedimẽti est fideicommissario, quominus capere illã possit. Aliter vero, quia emphyteusis ecclesiastica, regulariter ad extraneos non transit, *vt habetur in Auth. de non alien. §. emphyteusim colla. 2. Dd. in l. Etiam. ff. solu. ma. Affli. q. 100.* fideicõmisso vniuersali, nõ cõtinetur, *Bar. n. 4. d. l. si patroni. ff. ad Treb. Alex. lib. 1. cons. 91. n. 10. Socin. nepos lib. 4. cons. 79. n. 4.* Quo circa, si grauatus est de filiis, emphyteusim vtiq; retinebit, quasi extra fideicõmissi caussam existẽtẽ. Hæc enim quæ filio, tanq̃ filio acquiruntur fideicommisso, non cõtinẽtur *l. cohæredi. §. cum filia. ff. de vulga. Valascus d. q. 48. ante n. 9. cum seq.* Ceterũ, si vterq; grauatus, scil. & fideicommissarius, extraneus est, emphyteusis tanq̃ extincta, penes dominum permanebit, quasi nullus fuerit nominatus, secũdũ formã concessionis. Porro, emphyteusis ꝓfana, eandem legem obseruabit, & ad dominum directum reuertetur, quoties illius incapax hæres, & fideicõmissarius erunt, ex vi repugnantis concessionis, q̃ fauorem filiorum tantũ respexit, quo casu procedunt Bar. *d. l. si patroni in prin. ff. ad Treb. & Bal. in l. cũ virũ n. 23. C. de fideic.* Secus vero, qñ ẽt extraneos recipit, qđ in emphyteusi profana regulare est, & ne ꝓcedit Imola *d. l. si patroni n. 3. & ibi Alex. n. 14. Menesius d. l. cum virũ, C. de fideic. nu. 56. versi. secunda conclusio.*

Sed † an substitutus, dicatur etiam nominatus, 11
& emphyteusim consequatur, probabilis dubitatio est, de qua aliquando vidi in foro disceptatum. Opinabantur nonnulli legem Regiam *d. tit. 62. in prin. lib. 4.* restringendã esse ad primũ hæredem, ex reg. *l. Bones § hoc sermone. ff. de verb. sign.* & quia statutũ de possessione acquirenda, sine apprehẽsione, primo tantum hæredi prodest, non secundo, quemadmodũ resoluit Alex. *cons. 37. col. 2. vers. item præterea. lib. 1.* qui citat inter alia *d. §. hoc sermone, & l. Hac cõditio filia mea. ff. de cond. & demonstr. & l. Doti promissio. ff. de iure dot.* vbi nuptiarũ appellatione, primæ tantum continentur, *habetur in Rub. C. de secundis nupt. Alex. sequitur Cotta, verbo, decreto Mediola. & verbo, executores testamenti, col. 1. versi. item facit, rursus & verbo, hæredis appellationi, limi. 3. Rubeus cons. 121. col. 1. vers. sed in casu*, de quo agitur, tradit Tiraqu. *in lib. de morte. 2. part. declarat. 5.*

Regulare † enim est, dispositionem de hære- 12
de, de primo tantum intelligendam fore, vt contingit in casu, quo quęrimus, *an hæres repræsentet personã defuncti?* Et respondemus, quod sic, *§. 1. in Auth. de iurentur. a minori præsti.* dummodo tamen, is sit primus hæres, non secundus, *vt consuluit Paulus lib. 2. consi. 197. dubio. 2. Decius in l. Hæredem, col. fin. versi. & adde. ff. de regul. iur.* Quare & mihi concessum, & hæredi meo, primo tantum prodest, non secundo, aut reliquis, *Bartol. in l. 1. column. 2. versi. si vero. ff. de constitutio. principum, Felinus in capit. 2. col. 2. versi. si.*

princepi dat. de trenga & pace. Quo etiam argumeoto, *Bart. in l. Mulita versi. item. ff. de cond. & demonstrat.* resoluit pœnam impositam hæredi, noo adimpléti iussa defuncti, secundũ heredẽ coercere nõ posse, *Alex. cons. 147. li. 6. cũ aliis citatis a Tiraq. d. li. de morte. 2. par. declar. 5. n. 7. cũ seq.* vbi multis similib. cõprobat, omnino videodus, & in d. §. *hoc sermone, in princ.*

13. Inter † quæ, illud in materia nostri tractatus, notabile est, concessiooẽ emphyteuticã mibi factam, & hæredibus meis, primũ heredem non excedere. Quæ fuit sentẽtia Bar. *in l. fin. oppo. 6. C. de hæred. instit.* quod in cõcessione, facta in numero plurali *pro hæredibus*, nõ puto verum, cum Ias. *in l. In annalib. ad finẽ, C. de leg.* cui adde Bal. *in l. 1. col. 1. versi. quæro, an si dicatur, C. de condit. inseritis*, restringentẽ eam resolutionẽ, ad cõcessionem factã *pro hærede*, in numero singulari, *per l. Qui liberis. §. hæc verba. ff. de vulga. & l. Ex facto. § fin. ff. ad Trebell. Tiraq. d. lib. de morte. 2. par. declar. 1. 5. nu. 6.* Facit q substitutio facta de aliquo, & eius hæredibus, consumitur in primis hæredibus, *Alex. cons. 105. n. 3. vol. 1.* Illud ẽt simile est, quod Alex. *cons. 18. col. 4. versi. & quamuis eadẽ die lib. 3.* resoluit, cõmissionẽ Papæ alicui factam, vt cõsentiat alicuius rei ecclesiasticæ alienationi, primo cõsensu extingui, sequtur Ias. *in l. Diuortio. §. quod in anno col. 3. versi. cõfirmo. ff. solut. mat. & in l. In duobus. § si ei qui, col. 2. versi. 14. facit. ff. de iureiur. & cons. 36. lib. 4. col. fin. Tiraq. d. §. hoc sermone, in prin. n. 120.* Quorum sane argumento, videtur idẽ respondendũ, in nominatione emphyteutica, de qua agimus, ex hæredis institutione inducta, vt ad primũ dumtaxat, referatur hæredem, non ad secũdum. Quod eo maxime persuadetur, si consideras, hæredem hæredis, appellatione hæredis, non cõtineri in materia stricti iuris, omnino restringenda, *per l. Stipulatio ista habere licere. §. 1. ff. de verb. obl. Bar. Aret. & alij*, quorum meminit Tiraq. *de morte. 2. par. declar. 5. n. 10. cum seq.* idem respondens, in dispositione cõditionali, qualis est hæc, de qua agimus. Ea n. dispositio conditionalis, stricti iuris censetur, quia in forma specifica, est adimplẽda. *l. Qui hæred. ff. de cond. & demonstr.* quare in hærede hæredis, non verificatur, *vt ibi, per eum n. 11. cũ seq.* & fuit sententia Decii, *in l. Quæ legata, in fine. ff. de regul. iuris, nu. 4. & 5. per d. l. Qui liberis. §. hæc verba. ff. de vulga. & per l. Cum ita datur. ff. de condit. & demonstrat.*

14 Quo † argumeoto, & ratione, idẽ profecto videtur respõdendum, in substituto, qui secundum nostrorũ traditiones, secundus est hæres, non primus, vt *per glo. & Dd. in l. ab omnibus §. cum quidam. ff. de leg. 1. & in l. Precibus. C. de impub. & aliis*, & fuit sentẽtia glo. *in Rub. ff. de vulga.* definieotis substitutionẽ, esse secundam institutionẽ de hæreditate factam, quã ẽt definitionem scripsit glo. Rub *Instit. de vulg. & ibi Bello. nu. 2. & dixit receptã Ias. in l. 1. nu. 32. ff. eodem, Sapia in rub. n. 2. C. de impub. & aliis, & Peralta in Rub. ff. de hæred. instit. nu. 16. Forcat. dialogo. 23.* Quod ex auctoritate Caii Iurisconsulti *lib. 2. instit.* verum esse cõprobatur c. 5. dicentis, *substitutionem esse, quæ post institutionẽ fieri solet, id est, secundi hæredis appellationem*, & videtur docuisse Paulus *in l. Ex facto. 43. Lucius in fine*, ibi, *qua ratione, secũdi hæredis institutio, valeat. ff. de vulg.* Quod & Imperator plane sigoificat, *in d. l. Precibus, C. de impub.* quatenus substitutum, secundũ heredẽ appellat, Iurisconsultus *in l. Si is qui. 25. ff. de testa. rursus & in l. Cicero. 39 iuncta gl. verbo, ab hæredibus. ff. de pœnis*, vbi Ciceronis in oratione pro Clueotio referuntur verba, quibus substitutum, secundum hæredem vocauit & probat Tiraq. *in tract. Le mort saisit. 2. parte declarat. 9. nu. 2.* Quare Romanorum consuetudo fuit, in testamentis primis hæredibus, secũdos addere, vt si primi hæreditatẽ non adiissent, nanciscerentur vltimi, q & probatissimorum auctorum, testimonio cõprobatur. Nam Cic. in Topicis, a repugnantibus, ita subdit: *Si paterfamilias vxori, ancillam legauerit a filio, nec a secundo hærede legauit, &c.* quo in loco Boetius *lib. 2. cõmentariorum, secũdus* (ait) *hæres dicitur, qui hæredi instituto substituitur, veluti si quis filium instituat hæredem, scribatque, si is filius intra pubertatem decesserit, nepotem, vel quemlibet alium hæredem, esse oportere. Nepos igitur, vel quilibet alius, secũdus hæres dicitur.* Et rursus Cicer. *lib. 1. de inuentio. Possessio hæredum, secundorũ est.* Et rursus. *Qui patris pupilli, hæredes secundi sunt.* Et rursus in oratione pro Cluẽtio habita. *Memoria teneo, Milesiam quandam mulierẽ, cum essem in Asia, quod ab hæredibus secundis, accepta pecunia, partum sibi ipsa, medicamentis abegisset, rei capitalis esse damnatam*, quæ verba, propemodum, retulit Iureconsultus in *l. Cicero. ff. de pœnis*, quo in loco Accursius, *secundis hæredibus* (*exponit*) scilicet, substitutis. Et rursus idem Cicero, paulo post, *itaq; ex testamento, legat grandem pecuniam a filio, si qui natus esset: ab secundo hærede nihil legat*, & rursus ad Atticum *epistola. 15. epist. 2. in fin. quos tamen secundos hæredes reliquit*, & rursus *lib. 13. epistol. famil. ad Silium. Quod quidem ille testamẽto declarauit, qui me tum tutorem, tum secundum hæredem instituerit*, & Salustius, in bello Iugorthino. *Masinissa nepos, quem Micipsa testamento, secundum hæredem scripserat*, & Plinius quoq; lib. 7. c. 5. *Massurius auctor est, L. Papyrium prætorem, secundo hærede, lege agente, bonorum possessionem, contra eum dedisse.* & refert Gellius *lib. 3. c. 21. ad fin.* & Suetonius *in Iulio Cæsare, cap. 83. Tres instituit hæredes Sororum nepotes, Decium Brutum, etiam in secundis hæredibus nominauit.* Appianos quoq; *lib. 2. bellorum ciuilium. Miserandum porro, vel imprimis id visum est, cum Deciũ Brutum, ex eius percussoribus, inter secundos hæredes, scriptum cognouisset*, & Horatius lib. 2. sermon. satyra. 5.

Leuiter in spem
Arripe, vt officiosus, & vt scribare secundus
Hæres.

Nec † admireris lector optime, hac in re Tri- 15
phonium *in d. l. Cicer. ff. de pœnis*, Ciceronis fuisse auctoritate vsom. Quoniã, vt ego opinor, maximus ille fuit Iuriscõsultus, vel saltẽ inter Iuriscõsultos, maximo in precio habitus. Quin etiã sæpius reperio eius auctoritate motos in caussarũ decisione fuisse, vt etiam Vlpiano cõtingit in *l. Fulcinius. 7. ff. quib. ex caussis in possess. eatur. §. 1. versi. quid autẽ sit latitare*, ibi. *latitare est, vt Cicer. definit, turpis occultatio*, quod & Celsus obseruauit *in l. Littus. 96. ff. de verb. sign.* ibi, *idq; Marcũ Tulliũ aiunt, cũ arbiter esset, constituisse.* Quare marito in *l. 2. ff. de iustitia & iure. § deinde Marcus*, eiusdẽ Ciceronis, facta est mentio, & in versi. post hos, ibi, *& Cicero defendit, & eius extat oratio pulcherrima.* Is deniq; est, qui ad Trebatium I.C. grauissimũ topica scripsit, in quib. bonam partem iuris ciuilis coegisse videtur. Tãta fuit olim viri illius auctoritas, hodie in foro minime contemnẽda, non tanti tñ facienda, vt cum te totũ ad eius stylum effinxeris, vt scioli quidã putant, te Iurisconsultũ indices. Alii rursus Ciceronem firmant, vix summis (*vt aiunt*) digitis ius ciuile attigisse: pluribus enim

in locis reperitur, contra iuris principia, & traditiones, respōdisse, quod huic loco tractare, incongruū iudicauimus, videas si placet Forcatum *Dialogo 38. cum duobus sequentibus.* Ad præsens quod tractamus negotium, satis est, tam ex Iurisconsultorum auctoritate, Ciceronis, & plurimorum probatorum auctorum, sententia constare, substitutum secundum hæredem esse, cui ex his quæ supra scripsimus, de secūdo hærede, neganda videtur emphyteusis, quasi non nominato. Quam opinionem iuuat Signoro. *consi. 250. col. 3. versicu. sed dicendo nullum, cum sequen.* firmans, quod appellatione institutionis, venit prima, ex regula *l. Qui liberis. §. hæc verba. ff. vulg. & l. Bonor. §. hoc sermone. ff. de verb. signific.* Quocirca cum substitutus, non sit primus institutus, consequens est de eo, legem Regiam non esse intelligendam, *ex Alexan. consil. 37. col. 3. versi. atque præterea fortius, & sequen. lib. 1. rursus & lib. 3. cons. 83.* Et est ratio, quia verba sunt intelligenda per prius, non per posterius, *Bar. in l. hoc legatum. ff. de leg. 3. Socin. post Bal. in l. Qui heredi in prin. & §. 1. nota. 4. ff. de condi. & demonstra. cum aliis quæ citat Tiraq. de morte. 2. par. decla. 9. n. 5. cum seq.* vbi *nu. 8. cum seq.* nonnulla citat in fauorē primi hæredis, qui semper magis dilectus præsumitur, & proinde præferendus.

16 Nec † minus conducit, si consideres, ex præmissis manifeste colligi, substitutionem nō esse proprie institutionem, quia simpliciter nequit dici institutio, sed magis cum adiectione illa secunda, *vt ex Aristotele 4. cap. lib. 1. Polit.* deducit Tiraq. *i. d. clara. 9. n. 11.* resoluēs id proprie dici tale, quod simpliciter & absolute dicitur tale, non quod secundum quid, *l. Cum ex oratione. ff. de excu. tutorum. l. Patris & filij, & ibi Areti. & Ias. nota. 1. ff. de vulga. Bart. in l. Lutius. §. quæsitum. ff. de leg. 3. Bald. cons. 12. lib. 3.* Quo argumento nos aliquando respondimus, in causa multum ardua, vnionem ad vitam, veram non esse vnionem, & propterea compellendos esse, cathedrales canonicos, ad personalem residētiam faciendam in parœcialibus ecclesiis, quas obtinent, suis canonicatibus & præbendis ad vitam, duntaxat vnitas, quā sententiam multis rationibus & auctoritatibus comprobaui, cumque foret remissa quæstio, & controuersia, ad Apostolicum consistorium, ita fuit decisa, & motu proprio perpetuo duraturo sopita: & hoc iam intrepide & sine vlla difficultate, iure vtimur. Facit etiam, quod verba sunt proprie intelligenda, & in significatione absoluta, quando sic absolute proferuntur, & non, vt secundum quid illa important, *l. 1. § 1. ff. de dona. & l. Si ita quis. §. fin. ff. de leg. 2. cum aliis quæ tradit Tiraq. d. declara. 9. n. 12. cum seq. in 2. par. lib. de morte.*

17 Ego † tamen his non obstantibus, oppositū obseruandū credo, imo quod substitutus emphyteusin consequitur, non minus, quam primus ipse institutus consequeretur, si hæreditatem adiuisset. Ad id, commoueor argumento & ratione, quia substitutus, proprie loquendo est institutus, vt nominatim placuit Bartol. Bald. Paulo, & Imolæ *nu. 5. in l. Mulier. 20. §. fin. ff. de condi. instit.* per tex. ibi, ad hoc profecto notabilē. Ibi enim casus ponitur, in quo tu me hæredem instituisti, si ego te hæredem instituissem, aut quid legassem, ego te secundo gradu substitui, *an conditioni satisfecerim,* fuit dubitatum? Et respondet Labeo, non referre, quo te gradu hæredem fecerim. Ecce, inquiūt Bart. & aliī omnes interpretes, casum plane probantem, in secundo gradu, seu loco institutum, hoc est, substitutum (quem supra diximus, secundum hæredem esse) proprie hæredem esse, aliter minime fuisset conditioni, de hærede instituendo satisfactum, siquidem satis compertum est, conditionē esse proprie adimplendam, & in forma specifica, *vt in l. qui heredi. ff. de condi. & demonstra.* secundum quem sensum Ias. *in l. Qui liberis. §. hæc verba. ff. de vulga. in fine,* illum textū dicit meliorem de iure, *idem Ias. in l. Verbis ciuilibus, eod. tit. n. 1. rursus & in l. 3. §. 1. nu. 3. & in l. Si a primo. nu. 4. ff. de libe. & posthu. idem pie & in l. Gallus, lectu. 1. nu. 30. tradit etiam Peralta in Rub. ff. de hered. instit. n. 18.* Et est necessario tenenda resolutio, si consideres, illi conuenire substitutionis definitionē à glo. traditam *in Rub. ff. de vulga.* quæ habet substitutionem esse secundam in hereditate institutionem, in qua quidem definitione verba debēt esse in proprio sensu posita, *vt tradit glo. verbo, ad definitionem in l. Non aliter. ff. de leg. 3. Bartol. in l. Omnes populi, n. 59. ff. de iustitia & iure, Ripa in d. Rub. ff. de vulga. n. 4.* Quocirca cum in definitione substitutus, vocetur institutus, dubitare non licet, quod verus est institutus, *vt voluit glo. 1. in l. 1. C. de edicto diui Adri. & in l. Gallus in prin. verbo, posse. ff. de liber. & posth.* & hanc vti veram sententiam defendit Aretinus *in l. 1. ff. de vulga. nu. 2. & ibi Ripa, a nu. 3. Ias. in l. centurio. n. 62. eod. tit. Alcia. d. Rub. de vulga. nu. 9. Corras. in rub. C. de impub. & aliis nu. 12.* & dixit communem Alcia. *d. l. Gallus in prin. lectu. 2. nu. 30. Tiraquel. in lib. de morte. 2. part. declara. 9. nu. 16.* vbi citat Ruin. *cons. 62. col. 4. versi. nec obstat. lib. 3.* quibus addo Gomezi. *in cap. si pater. nu. 7. & seq. de testam. in 6. Menoch. de adipiscen. poss. ff. remed. 4. n. 210.*

Qua † ratione, quæ in instituto, in iure nostro 18
scripta sunt, etiam substituto, tributa censentur, *vt tradit glossa, verbo, ex parte, in prin. in l. vna. C. de edicto diui Adriani tollend.* resoluens illius legis remedium substituto, negari non posse, in quo illam glo. probant Cynus, Bart. Faber, Sali. Alexan. & Ias. quorum meminit Tiraq. *dicto libro de morte, par. 2. declarat. 9. n. 17.* vbi etiam Curtium, Baldum, Socinum, & alios refert, & Menoch. *lib. de adipiscen. poss. ff. remedio 4. n. 206. cum sequent.* Assumit enim substitutus in omnibus, & per omnia tanquam subrogatus, omnia iura instituti, cuius locum obtinet, *vt habetur in l. Coheredi in prin. ff. de vulga. cum aliis, in d. decla. 9. n. 18.* Tiraq. tradit, amplians hoc procedere etiam in materia exorbitante, & odiosa, *l. Libertum. §. Senatus. ff. de ritu nup. l. Item veniunt. §. vlti. ff. de petit. hære. Aretin. in l. 1. colum. 2. in prin. ff. de vulg.* Quare quemadmodum instituto, per legem Regiam *lib. 4. tit. 62* cōceditur tanquam nominato emphyteusis, eadem substituto negari non debet.

Quoniam † institutus vere est, & in locum primi 19
subrogatus, & in illum, qui est substitutus, omne ius institutionis, competens primo, transit *l. Cum ex filio. §. fin. & ibi gl. & Dd. ff. de vulga.* inter quos obseruant tanquam singulare, Bald. & Cuma. Quamobrem Bello. *lib. 4. Suppu.* recte videtur mihi resoluisse statutum de possessione, sine traditione acquirenda hæredi, etiā huic substituto prodesse, qui verus est hæres, & ab eo regulatur. Concordat Cassa. *cons. 62. col. pen. versi. item, & cum ita sit:* firmans, quod ita in Tholosano prætorio fuit obseruatū. Licet idē Cassaneus *consi. 19. dubio 19.* aliud scripserit, & illi magis videatur accedere, Tiraq. *lib. de morte, par. 2. declara. 9. n. 21. cum seq.* Multo ergo magis concedenda est emphyteusis (de qua agimus) substituto, per d. legē Regiam *lib. 4. tit. 62. in prin.* quam supra resoluimus, præcepta iuris

communis nihil offendere, cuius contrarium obtinet in d. statuto, quod correctorium iuris est, & contra ea, quæ traduntur in *l. Cum heredes, ff. de acqu. poss.* Quare mirum non est, si possit substituto eius prouisio negari, ex ratione adducta per Tiraq. *d. loco*. Nec quod de hærede hæredis supra diximus, ad rem facit, quoniam substitutus licet sit secundus hæres, ipsimet testatori succedit, nō primo instituto, *l. Cohæredi, § cum filia, ff. de vulga & habetur in l. Vnum ex familia, § 1. ff. de legā. 2.* Pupillaris vero succedit pupillo, quare ad eum pertinentem emphyteusim capit, vt *iam supra resolutum*.

20 Caue† tamen, quia multum obstat, quod diximus, substitutum vere institutum nō esse, qua ratione in materia strictæ interpretationis, appellatione instituti non contineri, magis recepta, & verior sententia probat, vt est videre per Socin *in l. 1. ff. de vulga. n. 1. & ibi Ripam, 2. Loriotum lib. substit. axiom. 6.* idq; plane I. C. docet, *in l. 1. ff. de vulgari*: quatenus de instituto, & substituto, quasi diuersis loquitur, ibi, *hæredes, aut instituti dicuntur, aut substituti: instituti dicuntur primo gradu, substituti secundo, aut tertio*, quare hanc dixit communem Ripa *d. n. 2.* & Dec. *in Rubr. C. de instituti. & substitutio. n. 2. Curtius in rub. C de impuber. n. 10 Galeaula, in l. Centurio, ff de vulg n 510* Sed quoniam huic sententiæ refragatur, tex. *in d. l. Mulier. 20. § fin. ff de cond. instit.* de eius sensu aliquantisper agendum est. *Si quis* (inquit I. C.) *te hæredem ita instituit, si tu hæredem eum instituisses, aut quid sibi legasses, nihil interest, quo gradu u a te hæres institutus sit, vel quid ei legatum sit, dummodo aliquo gradu id fecisse te probes*. Quæ verba Labeonis plane probare videntur, substitutum verè institutū esse, siquidem per substitutionem satisfit conditioni illi. *Si tu me instituisses, te hæredem instituo*. Doctores qui communē probant sententiam, vtiliter respondent tex. *in d. l. mulier, § fi.* procedere in conditione de præterito, seu per verbū præteriti temporis concepta, quæ proprie loquendo non est conditio, quia effectu suspensionis caret, *vt habetur in l. Cum ad præsens, ff. si certum peta. & ibi Dd.* Quare non exigit formale illud implementum, proprie sumtū, & in forma specifica, quale requirit conditio suspensiua, *per d. l. Qui hæredi, ff. de cond & demonstra.* Concordat Socin *l. t. lectu. 2. ff. de vulga n. 4. & Ias. in l. Gallus, § & quid si tantum, n. 19. ff. de liber. & posthu.* qui hanc sibi adscripsit sententiam, quam prius etiam tenuit Cuma. *in d. l. Mulier, § fin.* Sed nō placet, vt salua tantorum patrū auctoritate dixerim, hic ad eam legē sensus, quia conditio de præterito, & si vera non sit conditio, verificari tamen debet ad instar veræ conditionis, *vt tradit Dec. in reg. actus legitimi, n. 14. ff. de reg. iur. Gom. in c. Si pater de testa in 6. n. 9. & in d. § fin. l. Mulier*, I. C. probat, ibi: *Dummodo aliquo gradu id te fecisse probes.* Quare nō est, cur nō debeat ea verificatio fieri in forma specifica, quemadmodum & vera conditio suspensiua per verbum futuri temporis concepta, quod maxime in specie *d. l. Mulier, § fin.* admittendū est, in qua agitur de defuncti adimplēda volūtate, de qua secundū regulā *l. Non aliter, ff. de leg. 3.* ex verborū proprietate constabat, qui cum se voluit hæredē institui, negauit, velle se substitui, seu substitutum esse. Quapropter inspecta verborū proprietate ad rem parū facit, illum vsum fuisse, verbo futuri, vel præteriti temporis, siquidem vtroq; casu voluit, se hæredem institui, non substitui.

Ceterum† Dec. *in rub. C. de inst. & substit. n. 2* postquam obseruauit, solutionē a nobis supra proxime improbatā difficultatem nō soluere subdit *d. l. Mulier. § fin. ff. de cond. inst.* alia longe diuersa ratione procedere, animaduertens in casu illius text. non fuisse simpliciter illum hæredem institutū, *si testatorem similiter instituisset*, sed alternatiue, *vel quid ei testamento legasset*. Quæ pars alternatiuæ contenta est legato, etiam in re minima propter dictionē *quid, l. Si seruum, § prætor ait, ff. de acqu. hæred.* Qua ratione, quia vna pars alternatiuæ solet alteram declarare (inquit Dec.) ex mente defuncti in ea specie respondetur, satisfactum esse conditioni per substitutionē: quia quemadmodū defuncto placuit in re etiam minima honorari, ita etiam ille voluit, substitutionē sufficere, quem etiam sensum Ruin. probans scripsit. *in l. Gallus, § & quid si tantum, post n. 47. ff. de libe. & posth.* & eum solo Dec. attribuebat olim Pinell dum Rubricam, *C. de inst & subst.* interpretaretur. Sed non probat Barbera. *in l. Cum pater, C. de inst & substit. n. 116.* nec eius sensum Gomez. *in c. Si pater, de testa in 6. n. 12.* vbi postquā Decii & Ruini sensum improbauit Barberani carpere nō dubitauit: nonumque alium multo deteriorem adiecit. Intellexit enim in casu illius text. testatorem non fuisse substitutū, vt communiter Dd. voluere, sed magis institutum fuisse, tertio tamen loco, vel secundo, si consideras, inquit, quod ibi ego (quē tu hæredem scripsisti, *si te hæredem fecissem* cum tres vel plures hæredes scripsi) secundo te loco, aut tertio nominaui, quo casu videbatur conditioni nō fuisse satisfactum, vel quod illa conditio, *si te hæredē instituissem*, significet voluisse te insolidū hæredē esse vel talē primo loco scriptum, quo magis dilectus dici posset *iuxta l. Qui soluendo, & ibi gl. ff. de hæred inst.*

Haber. n. † ea priori loco, facta nominatio singularem prærogatiuam, per quam ille primo loco nominatus, præualet in emphyteusi, & indiuiduis quæ ad omnes vocatos peruenire non possunt, vt Iulia. docuit in *l. Quoties 34. ff. de vsufru.* in hæc verba. *Quoties duobus vsusfructus legatur, ita vt alternis annis vtantur, fruantur siquidem, ita legatus fuerit Titio & Meuio: potest dici prius Titio, deinde legatum Meuio datum, si vero duo eiusdē nominis fuerint, & ita scriptum fuerit, Titius vsumfructum do lego, nisi consenserint, vter eorum prior vtatur, inuicem se impedient*, & ibi notant Dd. ordinē literæ, & vocationis, obseruandum semper esse, vt ille, qui primo loco est nominatus, præualeat, *vt in l. Si quis heres, ff. qui & a quib & in l. Generaliter, § si quis ergo ff de fideicom liber.* quod inquit Gome *d. loco*, potuit prætendere is, qui me hæredē instituit sub ea conditione, *si eum hæredem instituissem*, & propterea videbatur conditioni satisfactū non esse, nisi primo loco illum hæredem scripsissem ex eius præsumta voluntate, quæ ad primum locum referenda videtur ex dispositione *l. Boues, § hoc sermone, ff. de verbor. signifi.* cuius tamen oppositum I. C. visum est quia illa indefinita loqutio, *si me hæredē instituisses*, non magis primum, quam secundum aut vlteriorem locum institutionis respicit, quare recte I. C. ait; conditioni satisfactum esse, si aliquo gradu ille institutus reperiatur. Qui sensus sane impropriius est, nam in eo loco I. C. si huic speciei respōdisset, improprie vsus fuisset, illo verbo, *dummodo aliquo gradu*, quod sua natura, & secundū verū sensum denotat discursum & descensum, de gradu in

gradu,

gradu, *l. Iureconsult. §. gradus. ff. de gradib.* quod vtiq; mihi verum esse persuadetur. Quamobrem hæc quæstio aliter resoluenda est. Etenim si recte consideres, interpretes nostri, hac in re nullam constituunt differentiam, inter cõditionem illam, *si me hæredem instituisses*, conceptam per verbũ præteriti temporis, & per verbum futuri temporis, *si me hæredem feceris*, intelligẽtes vtramq; conditionẽ esse, & omnino in forma specifica purificãdam, quod ego minime probo. Intelligo n. captatoriam esse voluntatem, si sic conditio, per verbũ futuri temporis, formetur, & consequenter nullius roboris, & momenti censendam, *ex l. 1. ff. de his quæ non script. habentur.* Legis enim latori rationi, consentaneum visum est, institutionem hæredis, fieri oportere ex amore, & iusta in hęredem institutum affectione, & charitate, non ex cupiditate, & lucri spe, *vt adnotauit gloss. fin. l. ille. 71. ff. de hæred. instit. & ibi Bald. & Imol. Alciat. etiam lib. parergon. 2. c. 31.* Institutio vero concepta, per verbum temporis præteriti, *si me instituisti, te hæredem instituo*, vtiq; valet, & tenet, *vt in l. illa habetur, & ibi notant Cuman. in princ. & Corras. lib. miscell. 5. c. 13. nu. 5. & Couarr. in c. cum tibi, de testam. nu. 2.* Interpretatur enim huiusmodi hæredis institutio facta, ex affectione iusta, & amore, non spe lucri. Quamobrem, quia principalis testatoris intentio, & ratio finalis, respicit illam affectionem & amorem, non lucrum, etiam per substitutionẽ, dicitur cõditioni satisfactum, siquidem remunerare, magis per eam vocationem visus est, quam illius lucrum ambire, & sic procedit *d. l. Mulier. §. fin. ff. de condit. institut.* quæ non probat, appellatione institutionis venire substitutionem, nisi concurrat disponentis tacita, & coniecturata voluntas, modo supra expresso deducta, quia ille lucrũ non sperabat, qui videtur ad eam legem, planus, & genuinus sensus.

23 Nec † argumentum a definitione glo. *in Rub. ff. de vulg.* ad rem facit, quoniam si recte attendis, retorqueri facile potest. In ea enim definitione non reperitur scriptum, substitutionem institutionem esse, sed secundam institutionem, secundũ quam adiectionem, magis probatur, veram institutionem non esse, siquidem, vt *iam supra ex Bart. in l. Lucius. §. quæsitum ff. de leg. 3. diximus*, non est simpliciter tale, quod est tale, secundum quid, firmat *Ias. in l. 1. num. 7. ff. si ex noxa. caussa agatur*, quod tunc maxime procedit, si consideres, substitutionem esse conditionalem institutionem, *si primus hæres non erit, l. cohæredi. 41. §. cohæres. ff. de vulgari*, omnis vero actus conditionalis, non est talis, *l. 1. ff. de donat.* vbi conditionalis donatio, vera non dicitur esse donatio *habetur in l. is cui. 41. ff. de actio. & oblig. Bart. in l. 1. nu. 22. ff. si cert. petat. Socin. in l. 1. nu. 3. lectu. 2. ff. de vulgari.* Ex quibus procuildubio cum receptiorẽ sententia resoluendum est, substitutum, vere institutum non esse, sed secundum quid. Vocatur enim secundus institutus, & consequenter, ex his quæ supra tradidimus, videtur huic emphyteusis negãda, quasi non nominato, quod vtiq; fatendum est, si d. legem Regiam *lib. 4. tit. 62. in princ.* restringendã fore ad verum hæredẽ intellexeris. Quod ego probare minime possum, cum animaduerto d. legem Regiam, a iuris præceptis non recedere, eiusq; rationem, etiam in substituto locũ habere, qui non minus, quam institutus dici potest nominatus: *quemadmodum supra diximus*, pupillarem substitutum, nominatum videri, atq; etiam bonorũ possessorem, qui effectu ab hærede non differt. Multo ergo magis idem erit obseruãdum in substituto, qui effectu, & nomine saltem impropie hæres est, imo & proprie, secundum quam plures, supra citatos.

Quo † fit, vt a substitutionis capite, aliquando incipiat testamentum, *vt habetur in l. ex facto. 43. §. Lucius. ff de vulgar.* vbi dicitur satisfactum, regulæ *l. inter cetera. ff. de lib. & posth.* si filius familias substitutus reperiatur, & illi sit datus successionis locus, infirmato scilic. institutionis capite, quod etiam probatur *in l. si filius 75. ff. de hæred. inst.* Imo, & si nulla præcedat institutio, a substitutione facta, incipere testamentum potest, *vt habetur in l. neque. 14. ff. de test. milit. tradunt Aretin. col. 13. ad finem, in l. 1. ff. de vulgar. & Socin. nu. 33. Ias. 53. Ripa 61. Bello. lib. 2. supputat. c. 18. qui citat. tex. in l. ex facto. 19. ff. de hæred. instit. vbi glo. & Dd. atque etiam Rogerius de vulg. pag. 21. n. 14.* Ex quibus proculdubio, in fauorem substituti, respondendum est illi fore concedendam emphyteusim. 24

Sed † *an supra scripta, procedant in substitutione tacita vulgari, scilicet, contenta sub pupillari expressa, & e contra pupillari, sub vulgari expressa?* Non contemnenda quæstio est, a nostris auctoribus mota, in materia *l. fin. C. de edicto diui Adria. tollen.* pro cuius elucidatione, in primis aduertendum censeo, sub vulgari substitutione, contineri pupillarem, quando pater filiofamilias, impuberi hæredi instituto, substituit, *si hæres non erit, sit hæres Petrus:* Erit enim & is Petrus, hæres, si forte post agnitam patris hæreditatem, filius in pupillari ætate decesserit, vt I. C. placuit *in l. iam hoc iure. ff. de vulga.* ibi, *siue filius hæres non extiterit, siue extiterit, & impubes decesserit*, & ibi notant Dd. Et est indubitata sententia, quæ etiam e conuerso obtinet, siquidem pupillaris expressa, vulgarem tacitam continet substitutionem, *vt ibidem omnes notãt, & in l. 1. eod. tit.* Quo circa, si emphyteuta pupillum filium hæredem scripsit, & consequenter ad emphyteusim nominauit, ex lege Regia *lib. 4. tit. 62. in prin.* nemini dubiũ est, filium emphyteusim habiturũ, simulac hæreditatem agnouerit. Finge modo in pupillari ętate, huiusmodi filium decedere, sine dubio vulgarem substitutum audiri non posse, censeo, quoniã illa vulgaris substitutio agnita hæreditate euanescit, *l. post aditam. 5. C. de impub. & aliis, tradit post alios Decius ibi, & Ias. in l. 1. ff. de vulg. nu. 63. Guliel. in c. Raynutius de test. in tract. de vulg. nu. 125. Politus de vulg. a nu. 77. Roge. eod. lib. de vulg. pag. 32. cum seq.* At quia in ea vulgari expressa, quædam pupillaris inest tacita substitutio, is tanquam a filio ipso institutus, ex ea tacita pupillari substitutione, hæreditatem sine dubio consequitur, secundum communem & indubitatam scribentiũ sententiam. *in d. l. iam hoc iure, & d. l. post aditam, C. de impub. rursus & in l. 2. ff. de vulgar.* Sed an in hac specie ille cõsequatur cum hæreditate emphyteusim, ad ipsum impuberem pertinẽtem, ad quã ille adhuc, secundã vel tertiam personã nominandi, potestatem habebat, quæstio est ad præsens tractanda? 25

Pro † parte affirmatiua, in fauorem substituti, in primis se se offert, quod supra *q. 4. num. 3.* resoluimus, expressum substitutũ pupillarẽ emphyteusim consequi, quia pro nominato habetur. Ergo idem pariter respondendũ est in tacito substituto, 26

quia taciti, & expressi, idem solet esse iudicium, *vt in l. cum quid. ff. si cert. petat.* maxime cum eadem nominationis ratio, in vtroque omnino militet, qua ratione, huic tacite substituto communis, & recepta scribentium sententia, conceditur *l. fin. C. de edicto diui Adrian. tollen.* remedium, vt ibidem adnotauit Bald. *num. 38. & in l. 1. ff de ijs quæ in testam. delen.* communem dixit, Aretin. *in l. si testimonio col. fin. ff. de vulgar. Ias. in d. l. fin. num. 9 & Decius. 27. Curt. 50. Sapia. 51. Mantua. num. 105. lectu. 1. Zuchardus. 228. Tiraquell lib. de morte. 2. part. declarat. 10. num 4. Bello. lib. 4. suppu. c. 17. num. 12. Menochius in tractat. de adipiscen. posse. remedio. 4. nu. 214.* vbi cum sequen. in huius partis fauorem, quinque, adducit fundamenta. Inter quæ illud maxime conducit, quo probat huiusmodi substitutum tacitum, non minus verum substitutũ esse, quam ipsummet expressum, ex sententia Barto. *nu. 30. in l si is qui pro emtore. ff. de vsucap.* resoluentis, omnia tacita a legis interpretatione inducta vera esse non impropria, *tradit Ias. ibidem num 222. Tiraquell. de morte. 2. part. declarat. 10. num. 24. Menoch. d. remedio. 4. num. 217. ad finem, cum sequ. Bello. lib. 4. suppu. c. 17. num. 1.* Licet enim actus, quo is substitutus fit hæres, fictus videatur, ipse tamen effectus hæres, verus est, *vt post Butr. & Socinum. probat Menoch. d. remedio. 4. nu. 219.* quod satis persuadetur, ex his quæ tradit Tiraquell. *de constit. in princ. coniuncta amplia. 1.* resoluens possessionem, per clausulam constituti, modo ficto transferri, translatam tamẽ, veram possessionem esse, quod ita obseruandum esse, cum communi resoluit Ferdinand. Arias, *in l. 15. Tauri. nu. 15. Bertran. lib. 1. consi. 174. Crotus d. l. si is qui pro emt. ff. de vsucap. num. 189.* Nam cum ex verbis substitutionis expressæ, illa tacita ex legis interpretatione resultet, non minus videtur ex tacita, & interpretatiua substitutione, scriptus hæres, & ex testamento succedere, quam succederet ex testamento, expressa substitutione, vt *d. num. 219 probat Menochius.* Quo sane argumento illi concedit, *d. l. fin.* remedium, quare & nos emphyteusim, negare eidem, non debemus, cum illi concedamus, si ex illa testamento, expressa substitutione ipse succederet. Quo argumento Bello *lib. 4. suppu c. 17.* voluit statutum de transferenda possessione, sine traditione, etiam in tacito substituto locum habere, quod etiam Tiraq. tradit *in tract. de morte sai sit. 2. part. declara. 10. in prin. & nu. 3.*

27 Inferens † proinde statutum, quo instrumenta executioni statim mandantur, intelligi, non tantum circa ea quæ expressa sunt, in ipsis instrumentis, sed etiam circa illa quæ tacite, vt in hypotheca respectu dotis contingit, *vt tradit Bald. in l. vbi adhuc, col. 5. versi. aduerte vbi ex aliquo, C. de iure dot.* Alexand. qui firmat communem *in l. iurisgentium. §. quod fere in fine. ff. de pact. Decius in l. fin. num. 26. C. de edicto diui Adrian. tollen. Curt. Iun. l. quamuis, col 2. C de impub.* licet contradicant plures, quorum meminit Tiraq. *lib. de morte. 2 part. declarat. 10. num. 11.* Nec hoc mirum, quia statutum de lucranda dote, seu illius parte etiam in dote tacita locum obtinet (quamuis iuris præceptis repugnet, quare soluto matrimonio, dos a marito restituẽda est, *l. Dos a patre. C. de iure dot.*) quod tradit Barto. *in disput. incip. Mulier habens amplum patrimonium, nominatim, Bald. in l. cum cura, per glo. ibi, C. de iure dot. & in l Nulla, col. 1. versi. sed pone. C. eod. tit. latius consi. 102. lib. 4.* Tiraquell. *in l. si vnquam, verbo, donatione largitus, C. de reuoca. dona. nu. 170. & lib. de morte. 2. part. declarat. 10. nu. 4.*

Facit, & quod habetur, *in l. si quis argentum, C. de donatio.* ex pacto nudo, in contractu donationis, concedi actionem, contra iuris communis regulas, vt in tacita donatione obtineat, secundum gloss. sententiam, *in l. si tibi, in princ. ff. de pactis, & in l. hactenus. §. 1. verbo, tenetur, & ibi Bartol. & Bald. ff. de constituta pecun. Aretin. in l. 2. col. 2. versi. ad tertiam. ff. de leg. 1.* Similiter & l. fin. C *de sacrosanct. eccles.* in tacita donatione procedit, *post Bart. col 2. Ripa nu. 36. in l. si aliquam rem. ff. de acquir. possess. Paulus lib. 2. consi. 11. col. 1. cum aliis, quorum meminit Tiraquell. lib. de morte. 2. part. declarat. 10. num. 5. & 6.* Quorum sane argumento, multo magis in casu nostro, concedenda est, tacite substituto emphyteusis, per d. legem Regiam, *lib. 4. tit. 62. in princ.* cuius dispositionem iam supra adnotauimus, iuris regulis consonantem esse, non contrariam.

Nihilominus † tamen in oppositum, multa sese offerunt, quibus neganda tacite substituto emphyteusis videtur, & primo si consideres, quod ista tacita substitutio, non est vera substitutio, sed ficta, & interpretatiua, a principis rescripto inducta, vt Iurisconsultus probat, *in l. iam hoc iure. 4. ff. de vulgari, ibi, ex diui Marci, & Veri cõstitutione, in vtrumque casum substituisse, intelligatur,* quod verbum est, nota fictionis, & improprietatis, *l. qui in vtero, ff. de statu homi. l. Quoniam, & ibi Bald. nota 6. ff. de his, qui no. infa. cum aliis, quæ citat Tiraquell. in lib. de morte. 2. part. declarat.* 10. *num. 7. cum sequent.* idque verum esse persuadetur, si attendis, tacitam hanc substitutionem, sine dubio, verbis ipsius substitutionis minime conuenire, & propterea contra iuris regulas, necessariam fuisse, d. Imperialem constitutionem, quæ nisi prouidisset, tacita pupillaris sub vulgari, & e contra, tacita vulgaris sub pupillari, in vsu non fuisset. Verum est enim hanc esse vulgaris substitutionis formam, *si mihi Titius filius, impubes hæres non erit, sit hæres Caius,* secundum quam formam, & verborum conceptionem, vtique testator videtur voluisse, substitutum excludere, & submouere, simulac filius hæres erit: & nihilominus, secundum quod Imperatores rescripsere, ea substitutio aliam continet contra verborum conceptionem, tacitam pupillarem, per quam post aditam hæreditatem substitutus, decedente filio in pupillari ætate, hæreditatem consequitur: Rursus & in pupillari expressa, vulgaris tacita inesse fingitur, contra verborum sensum, & illius substitutionis formam. Cõcipitur enim hoc modo pupillaris substitutio, *si impubes, filius mihi hæres erit, & in pupillari ætate decesserit, sit hæres Caius,* secundum quam verborum conceptionem, vtique videtur exclusa vulgaris substitutio, si hæres non erit, & nihilominus Imperatoribus placuit, vulgarem inesse, quasi in vtrumque casum, facta substitutio fuerit, quod ab illis fuisse, inductum, plane ex d. *l. 4. ff. vulgar.* & contra testantium voluntatem supra scripta demonstrant, coniuncta *l. non aliter. ff. de legat. 3.* vbi scriptum est, ita defunctum testari, quemadmodum verba demonstrant, a quibus donec aliud de mente constet, recedere minime licet, ex quibus deducitur, tacitam hanc substitutionem, a coniecturata defuncti voluntate, minime procedere.

dere. Quod eo etiam maxime argumento conuincitur, quia institutio, & substitutio aliter, quã verbis directis, & expressis fieri non potest, *l. vnica. ff. si tabul. testam. l. iubemus, C. de testam. Paul. Ias. & Decius in l. pen. C. de impub. & aliis, Socinus lib. 1. consi. 140. nu. 1. Decius consi. 315. nu. 3. Gomez. 1. tom. c. 5. num. 23.* Quocirca, id quod diximus, verum est, necessariam fuisse, illam Imperialem constitutionem, quo possemus contra iuris regulas, & defuncti verba, ex illa tacita substitutione vulgari, aut pupillari hæreditatem substituto, cuius iam vocatio expirauerat, concedere, vt notabiliter obseruauit Ripa *in l. 1. ff. de vulgar. num. 83. & ibi Alciat. num. 9. & 17. idem Alciat. in l. commodissime. ff. de liber. & posthum. num. 29. Berenga. in l. fin. num. 44. C. de posthum. hæred. instit.*

29 Sed † hæc periculosa nimis traditio esse videtur: siquidem per eam contra defuncti voluntatem, substituto hæreditatem concedimus, quam ille, secundum verborum conceptionem negauit, contra iuris nostri vulgata præcepta, & Imperatoris doctrinam in *Auth. de nup. §. disponat.* Quamobrem opinor, hoc ita resoluendum esse, quod Imperatores, sensui magis, quam verbis adhærentes defuncti, dictam tacitam substitutionem introduxere, intelligentes, defunctum, qui vulgariter substituit, Caium. *si impubes filius, sibi hæres non fuisset,* voluisse etiam filio impuberi decedenti prouidere, ne intestatus decederet. Vtile est enim pupillo, & honorificum, testamento mortem obire. *§. licet, Institut. quibus ex causis manu. non licet l. Et quia. ff. de interrog. actio.* Qua ratione pupillaris substitutio, dicitur in fauorem, & vtilitatem pupillorum introducta, vt habetur in *fine princ. Instit. de pupillari, l. si pupillus. 42. ff. de acquir. hæred. tradit Rogeri. de pupillari, pag. 42. num. 17. & Costa in c. si pater de testam. in 6. pag. 7. num. 17.* Quamobrem, quia ex voto pater, semper meliora videtur cogitasse, vt filio prospiciat. *l. fin. C. de curat. furios.* Imperatoribus visum fuit rationi, & æquitati consentaneum a verborum substitutionis rigore recedere, & eam tacitam pupillarem, sub vulgari inducere, quasi id fuisset responsurus, interrogatus pater, l. *Quia tale. §. fin. & ibi gloss. & Dd. ff. de pactis.* Porro hac eadem ratione moti, sub pupillari expressa, vulgarem tacitam induxerunt, ne quo modo filius intestatus decederet, imo & ipsemet pater. Per eam enim vulgarem, etiam patri succeditur, vt supra diximus, qua ratione multo facilior hæc, vulgaris introductio fuit, quia prima charitas, a nobis ipsis solet incipere, *l. Præses, C. de serui. & aqua,* ita notabiliter explicant, Curtius in *l. Quamuis, C. de impub. & aliis, num 5. & Alciat. l. 1. ff. de vulgar. num. 135. Gulielmus, de vulgari num. 103. in c. Raynutius de testam. & ibi Couarr. §. 5. num. 5.*

30 Ex † quibus sic resolutis, ad propositum quæstionis nostræ deducitur, huiusmodi tacitam substitutionem præsumtam esse, ex coniecturata defuncti voluntate inductam a lege, vt adnotauit Ripa *in l. 1. nu. 80. ff. de vulga. Corras. in l. precibus, C. de impuber. & aliis, num. 40. Bello. lib. 4. suppu. cap. 17. nu. 9.* Quamuis Bartol. aliter loquutus in *l. 1. ff. de vulgar. num. 11.* dicat tacitam esse, in quo communiter probatur, *secundum Socin. ibidem num. 13. ad finem, & Gomez. 1. tomo num. 13. cap. 3.* Reiicienda tamen hæc sententia est, secundũ Ias. *d. l. iam hoc iure. ff. de vulga. nu. 2.* vbi contendit per tex. *in d. l. iam hoc iure,* probare, fictam hanc esse potius substitutionem, propter verbũ, *intelligitur,* de quo ibi. quod importare solet fictionem, *l. si tibi homo. §. cum seruus. ff. de leg. 1.* quod etiam probauit Corneus in *l. quamuis, nu. 2. C. de impub. & ibi Cur. nu. 6. & Tiraq. de morte. 2. par. declarat. 10. nu. 7.* Quorum sane traditio defendi non potest, si consideres, in hoc probationem in contrarium admitti, vt in d. *l. iam hoc iure,* Iurisconsultus probat *ad finem, & in l. Quamuis, C. de impub. & in c. 3. & ibi gl. de præsumtio.* Quæ quidem probatio aduersus inducta per fictionem, non admittitur, vt *per gloss. in l. siue possidetis, C. de probat.* Qua ratione, hanc præsumtam substitutionem, non contineri in statutis, appellatione institutionis, post Socinum & Decium resoluit Tiraq. *lib. de morte. 2. part. declarat. 10. num. 10.* Quare idem sane videtur, dicendum in casu proposito, quod per talem substitutionem, non acquiratur emphyteusis, siquidem vera substitutio non est, quia lex Regia *d. lib. 4. tit. 62. in princ.* in instituto hærede tantum loquitur, & licet extendatur ad verum substitutum, ad præsumtum extendi non debet, ex regula tradita *in l. si maritus. §. Legis Iuliæ. ff. de adulter. l. 1. §. interdum. ff. de fonte,* quæ habet, præsumta non frui, eisdem priuilegiis & prærogatiuis, quæ habent vera, *vt in d. iuribus tradit Bartol. & Rom consi. 147.* Multo enim fortior, censenda est expressa substitutio, tacita, seu præsumta, *tradit Menoch. lib. de adipiscen. posse. remedio, 4. num. 233.* Facit enim illa, cessare tacitam *vt habetur in l. cum ex filio. §. 1. & ibi Bartol. & alii. ff. de vulgar.* Bart. & alii citati a Tiraqu. *lib. de morte. 2. part. declarat. 10. num. 15. cum sequent.* comprobans ex eo, quod alibi scriptum est, expressa, non tacita substitutione tolli suitatem, & excludi matrem.

In pluribus enim, fortiora sunt expressa, quam tacita, *vt habetur in l. penult. ff. de iniusto rupto, & l. si ex pluribus. ff. de suis & legitim. hæred. Tiraq. d. declarat. 10. nu. 18. 2. par. lib. de morte.*

Quapropter, † quod supra diximus, statutum de dote lucranda, procedere, etiam in tacita dote, perpetuum, nec constans est, contrarium siquidẽ, firmo pede, resoluit Bald. *consi. 133. lib. 4. Ias. lib. 1. consi. 50. col. 2. versi. quinto,* id maxime probans, stante statuto, quod statuta intelligantur ad literam, *per l. 1. ff. si tabul. testam. non ex tab.* ibi, *quia ex coniectura, & non proprie scriptus videtur,* qui est casus singularis, in materia ad probandum tacitum, ex coniecturata mente defuncti hæredem, institutum, vel substitutum, vere scriptum non esse, & proinde appellatione instituti, vel substituti hæredis non contineri: in exorbitantibus præcipue, & correctoriis, *vt ex Alexan. lib. 7. consi. 122. col. 2. versi. & clare, deduxit, Tiraqu. lib. de morte. 2. part. declarat. 10 nu. 20.* 31

Quo † etiam argumento, & ratione suspectum redditur, quod supra diximus, l. *Si quis argentum, C. de donat.* in donatione tacita, seu præsumta procedere. Oppositum enim magis placuit Rayn. Bald. Ang. Paulo, Alexand. & Ias. *in l. Iurisgentium. §. sed cum nulla. ff. de pactis, & ibi Bart. in. §. quinimo, nu. 20. receptus ex Alex. in l. si aliquam rem, in fine. ff. de acqu. possess. cum aliis, quorum meminit Tiraquell. lib. de morte. 2. par. declara. 10. num. 21.* quibus adde Corneum, *lib. 3. consi. 69 post nu. 1. & consi. 73. post prin.* Denique quod diximus, *l. fin. C. de sacrosanct. eccles.* procedere etiam 32

in donatione præsumpta, tutum non est, *ex Ias. ibidem, not 3. & Tiraq. d. declara. 10. num. 22.* Quo etiam fit, vt ibidem Tiraq. *num. 23.* suspectam intelligat, eorum opinionem, qui putant *l. fin. remedium, C. de edicto diui Adri. tollen.* procedere, & concedendum esse, huic tacite substituto. Contrarium namq; ibi resoluit Ias. *col. 4. versi. ex 3. par. nu. 9.* & alibi sibi contrarius, Bald. eaodem probauit. Quæ sententia, & si quam plures habeat aduersarios, nonnullis tamen fulcitur argumentis, quæ eandem maxime fouent, quod huic tacite substituto, seu præsumto, sit emphyteusis neganda.

33 Primo, † quia remedium *d. l. fin.* scripto hæredi côceditur, quemadmodum, & per legem nostrã, empbyteusis iostituto, atqui secundũ ea, quæ iam supra resoluimus, hic tacite substitutus, scriptus hęres non est. Ergo negari illi *d. l. fin.* remedium debet, & emphyteusis. Cui n. non conueniunt verba legis, nec legis dispositio cõuenire potest. Nõ esse aũt scriptũ huiusmodi substitutũ, de quo agimus, plane liquet, si consideres, illud tantum scriptum dici, quod legi potest, *l. 1. ff de his, qui testamento delẽtur. post prin.* ibi. *legi autem, sic accipiendum est, non intelligi, sed oculis perspici, quæ scripta sunt. Ceterum, si extrinsecus intelligantur, non videbuntur, legi posse.* Quare cum substitutio, oculis legi neutiquam possit, quooiã ex legis dispositiooe, illa inducitur, & extrinsecus intelligitur, ergo per eam succedens, seu vocatus, dici scriptus hæres nõ potest, quo illi possimus remedium *d. l. fin.* cõcedere, & empbyteusim ex dispositione d. l. Regiæ *lib. 4. tit. 62. in prin.* Nisi cũ Zuchardo *d. l. fin. nu. 233.* dixeris, hoc argumentũ fallax esse, si consideres scriptum sane dici, quicquid ex scripto eomprehẽditur, & deducitur, quare id dicitur scriptũ, expressumque, quod ex verbis scriptis deprehenditur, *gl. & Dd. in d. l. 1. ff. de his quæ in testamento delẽtur.* & nos infra comprobabimus, cum de hærede instituto, in re certa erit sermo, an illi sit similiter cõcedenda emphyteusis. Vbi enim ex verbis scriptis, aliquid deducitur quasi a defuncto, vel contrahentibus dictum, scriptum dicitur, & legi posse, secundum Aretin. *in c. fraternitatis de testibus, Barba. in l. cum acutissimi, C. de fideicomm. num. 172.* Porro substitutio præsumta, & si a lege fuerit inducta, procedit tamen ex verosimili testantis mente, & intentione, qui simulac fecit testamentum sibi, & filio suo, noluit alterum decedere intestatum, quod contingere nequit, nisi illa tacita, & præsumta substitutio inducatur. Qua ratione, Cæsares mentem defuncti sequnti, illam substitutionem instituerunt, mentem magis, quam verbutum corticem, & sensum attendentes, quæ oppositum videbatur significare. Quocirca tam in casu *d. l. fin.* quam legis Regię *d. titu. 62. lib. 4.* per huiusmodi præsumtam substitutionem, succedens audiendus videtur, non obstante hoc primo argumento, quod prima facie multum vrgere videtur. Idque maxime respectu legis Regiæ *d. titu. 62.* admitti debet, in qua non exigitur, quod sit hæres scriptus, vt illi emphyteusis debeatur, imo sufficit emphyteutam testamentũ cõdere, & quempiam hęredem iostituere, etiam nuncupatiue, qui non minus, quam scriptus dici potest hæres institutus, & consequenter ad emphyteusim electus. Quocirca in specie d. legis Regiæ, in qua sufficit quod quis hæres instituatur, licet non scribatur, de plano procedit substitutum tacitum, substitutum esse, & consequenter ad emphyteusim vocatum, per d. legem Regiam *titu. 62. in princ. lib. 4.* cui per huiusmodi præsumtam substitutionem satisfactum videtur, ex auctoritate Bello. *lib. 4. suppu. c. 17. num. 15. versi. non obstat*, quem ad id refert, & sequitur Meooch. *lib. de adipiscenda posse. remedio. 4. nu. 221.*

Secundo, † vbi lege, vel statuto præcipitur, 34
quod eonstitutiones obseruentur ad literam, cõstitutio quæ loquitur in substitutione, non porrigitur ad hanc substitutionẽ præsumtam, quæ fuit notabilis sententia Bald. *in l. precibus, nu. 15. C. de impub. & aliis, sequuntur Alexa. in l. post aditam num. 4. eod. titu. & Socin. in l. 1. num. 36. ff. de vulg. Menoc. d. remedio. 4. lib. de adipiscen. posse. nu. 222.* Sed leges nostræ Regiæ sunt huiusmodi, quia interpretari a quopiam, etiam Regio Senatore non possunt, vt probat Ordinatio Reg. *lib. 5. tit. 58. §. 1.* Ergo d. lex Regia *lib. 4. tit. 62. in princ.* huic præsumto substituto, prodesse non potest. Sed non satisfacit, quia Bald. loquitur in statuto, omnem interpretationem excludente, volenteque, quod Iudaice literæ adhæreamus (quod nostræ legi Regiæ *d. tit. 58.* non conuenit, vt ex ea patet) ita notabiliter respondet Decius *d. l. fin. C. de edicto diui Adri. num. 27.* secundum quem, & Zuchar. *ibid. nu. 134.* lex nostra Regia solum interdicit hominis, non legis interpretationẽ, vt prius adnotauit Socinus, quem citat, & Bald. *in l. omnes populi. ff. de iustitia & iure, nu. 35. & ibi Ias. nu. 53. Barba. in l. cum acutissimi, C de fideicom. nu. 152. & 167. in fi. & 169. Ripa in l. 1. ff. de vulg. n. 172. tradit Perez. in proœmio ll. Ordin. q. 2. & Burgen. in proœmio ll. Tauri n. 236. cum seq. tradit doctissimus nostra ætate Iacob. Menoch. remedio. 4. de adipiscen. posse. nu. 225. Ias. in l. quamuis, C. de in ius vocan. num. 2. Brunus art. 5. a num. 106. de statuto exclud. fœminas.* Secundum quod posse interpretari Tridentinas constitutiones, aliquando respondimus, non obstante apostolica, interpretandi easdem, prohibitione, per quam friuolæ interpretationes, dicuntur interdictæ, quæ hominis sunt, non legis. *Bart. d. l. omnes populi. ff. de iustitia & iure num. 65. Alexan. consi. 19. num. 3. & 198. num. 18. & 121. num. 7. & 11. lib. 6. Felin. in cap. 2. num. 19. de rescriptis, Menochius dict. remedio. 4. num. 226.* Quamobrem lex Regia *d. titu. 62.* quæ de instituto hærede loquitur, ad bonorum possessorem, fideicommissarium, substitutum vulgarem, & pupillarem expressum, imo & præsumtum, de quo agimus, porrigi recte potest, & extẽdi. Intrinseca est enim hæc interpretatio legis, non hominis, quæ nunquam videtur exclusa, & interdicta, nisi nominatim lex vetans interpretationem, se ad literalem, præcise restringat, ex Bald. d. loco, qui hoc modo defendi potest. *ex Bald. in l. 1. C. de patri. qui fili. distrah. Alex. in l. 1. nu. 33. & ibi Socin. 36. ff. vulg. Zuchar. in d. l. fin. C. de edicto diui Adria. num. 230. & 234. Menoch. d. remedio. 4. nu. 228.*

Tertio, † & hoc casui nostro applicatum mul- 35
to magis obest. Inquit enim Tiraq. *lib. de morte. 2. parte, declara. 10. n. 26.* firmam iuris regulam esse plura specialia, fictiones, seu præsumptiones concurrere in eadem dispositione non posse, *vt habetur in l. 1. C. de dotis promiss.* imo nec vnam specialitatẽ cum vna præsumtione, *Tiraq. de constit. 3. par. limi. 5. num. 4. & 5.* quæ, inquit, necessario concurrunt, si huic præsumto substituto remedium *d. l. fin. C. de edicto diui Adrian.* concedimus. Siquidem illud indulgemus sub-

mus substituto, qui improprie dicitur institutus, *vt diximus*. Proprius enim is dicitur secundus institutus, quam simpliciter institutus, de quo tantum *d. l. fin.* meminit: quæ est prima fictio, seu specialitas, concedimus etiam tacite substituto, qui præsumtus est, non verus substitutus, ergo ne ista duo specialia concurrant, negandũ est huic tacite substituto *d. l. finalis* remedium. Quod adeo graue Tiraquello *d. nu. 26.* visum est argumentum, vt cogitandum reliquerit. Hoc sane argumentũ l. Regiæ. *d. nu. 62. in princ.* applicatum, sine dubio negat huic tacito substituto emphyteusim, quam si illi concedimus, tria profecto concurrẽt specialia. Quorum primum respicit ipsam nominationem, quæ ex eo solo inducitur, quod hæres est scriptus. Ex lege enim Regia habetur, eo ipso, pro nominato, non obstante, quod nominãdi potestas fuit, a domino directo, sub conditione, *si nominauerit*, concessa, quod iuris regulis aduersari iam supra resoluimus. Secundum vero speciale in eo versatur, substitutum vere non esse institutum, sed magis secundum quid. Tertium vero, a lege inductam hanc tacitam pupillarem, vel vulgarem substitutionem esse, & verbis defuncti repugnãtem, præsumtam tamen dici, quia idem responsurum defunctum, vero simile est. Quæ quidem specialia concurrere simul non posse, certi iuris est, ideoq; neganda huic tacite substituto emphyteusis videtur, non obstantibus, quę supra in contrarium adduximus: nisi cum Menochio d. *remedio 4. nu. 239.* dixeris, speciale non esse. Sed magis ius commune, & regulare, quod substitutio dicatur secunda institutio, nec quod tacita comprehendatur, sub expressa, & consequenter, quod per eam vocatus ad hæreditatem, videatur nominatus.

36 Hanc † etiam difficultatem patitur hæc vulgaris, vel pupillaris tacita, cõtenta sub reciproca expressa. Hæc enim licet vere, & realiter vulgari, vel pupillari accedat, tertiam substitutionis speciem dicitur continere, vt Iureconsultus probat, *in d. l. iam hoc iure. 4. ff. de vulgar.* vbi postquam de vulgari, & pupillari tacita Iureconsultus egit, ad reciprocam, seu breuiloquam verba conuertens, sic ait, *quod ius ad tertiam genus substitutionis tractum esse videtur.* Quibus quidem verbis, sub vulgari contineri pupillarem, & e contra, Iureconsultus docet obseruandum in reciproca: cuius forma, *vt habetur in l. Lucius. ff. de vulga. & in d. l. iam hoc iure, eod. tit.* hęc est, *vos inuicem substituo*, sub quibus verbis, inquit Iureconsultus, tam vulgaris tacita continetur, si vterque hæres pupillus est, quam etiam pupillaris tacita, si per modum vulgaris substitutionis illa verba concipiantur, *vt ibidem explicat Alexan. num. 2. d. l. iam hoc iure. & Ripa, in d. l. Lucius, num. 11. Couarr. in c. Raynutius, de testam. §. 7. nu. 1.* Quamobrem pupillaris illa, quæ in reciproca continetur, præsumta necessario censenda est, siquidem ad instar eius, quæ continetur in vulgari expressa *in d. l. iam hoc iure,* esse iudicandam I. C. docet. Quæ fuit sententia Ferreti. *d. l. iam hoc iure. ff. de vulgar. num. 4. & tradit Viglius in prin. instit. de pupilla nu. 17. in fine, & Alciat. in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de lib. & posthum. num 36. cum seq. lectu. 1.* Secundum quam traditionem, necessario, omnia supra scripta huic etiam substitutioni conueniunt.

37 Refragatur † tamen communis scribentium resolutio, quæ contrarium habet, scilic. hanc pupillarem sub reciproca contentam, esse expressam verbis, nempe illis generalibus, *vos inuicẽ substituo,* nec minus contineri, quam si adiectum fuisset, *pupillariter inuicem substituo.* Verba enim illa, cum sint generalia non minus, hanc, quam illam substitutionẽ continent, & propterea dicimus, quod substitutus per huiusmodi verba reciproca matrẽ excludit. *l. Lucius, in fin. ff. vulgar.* in quo plane præsupponitur expressam esse substitutionem, quoniam tacita sub vulgari contenta matrem non excludit. *l. fin. C. de instit. & substit. l. precibus, C. de impub. & aliis.* Ita resoluendum hoc esse constat ex Alexan. in *d. l. iam hoc iure, col pen. post princ. Corras. d. l. precibus, nu. 34.* nec mouere debet text. *in d. l. iam hoc iure,* modo quo supra inductus, quia diuersas patitur solutiones, quas Socinus sigillatim refert in *l. 1. ff. de vulga. lectu. 2. nu. 6. & Decius in l. in testamento, nu. 15. ad finem, C. de testam. milit.*

ARGVMENTVM.

Hæres institutus in re certa an censeatur nominatus in emphyteusi.

SVMMARIA.

1 *Institutus in re certa, an consequatur emphyteusim tanquam nominatus, quia legatarii loco habetur, dato coherede.*

2 *Fallit, si coheres datus repudiauit.*

3 *Heredi instituto in re certa, non datur remedium, l. fin. C. de edicto diui Adria. toll.*

4 *Hæres in quota hereditatis, an sit hæres? Primo nominatus præualet.*

5 *Institutus in tertio bonorum, non consequitur emphyteusim.*

Filius tacite institutus, non cõsequitur emphyteusim, quemadmodum nec institutus in tertia.

Legitima continet bonorum quotam, quemadmodum & tertia, non hereditatis.

6 *Plura specialia ne concurrant, negatur filio emphyteusis tacite instituto.*

7 *Testamenti caput est heredis institutio.*

Interpret. Ordinatio. lib. 4. titu. 70.

8 *Si pater in genere disponat de tertia filius legitimam deducit, ex qualibet re hereditaria, & iure quodam hereditario fruitur, secus si loco legitimæ, vnica res illi relinquatur dato herede vniuersali. Quoniam tunc hereditarium nullum prorsus ius habet: & in primo casu partem, in 2. nullam iuris patronatus partem feret.*

9 *Legitima bonorum quotam continet, quoad effectum querelæ.*

Remedium l. fin. C. de edicto diui Adria. datur filio in legitima instituto.

10 *Institutus in tertia legatarius est.*

11 *Interpret. Ordin. Regia lib. 4. titu. 70. quæ non exigit quod in tertia quispiam heres instituatur.*

Institutio extranei in tertia hereditatis parte, efficit filium legatarium in legitima.

12 *Lex cum a matre, C. de rei vindic. non procedit in filio legatario.*

13 *Filius instituendus est, aut exheredandus.*

14 *Filius dicitur præteritus, si instituatur in re certa, dato coherede vniuersali.*

15 *Titulo institutionis filio legitima relinquenda est, nu. 15. & 16.*

De iure regio requiritur titulus institutionis.

17 *Quota hæreditatis & bonorum differt.*

Lex Regia lib. 4. tit. 70. non procedit quando pater extraneum instituit in tertia parte hæreditatis.

Tacita institutio non sufficit de iure communi, de iure vero Regio sic per l. 70. lib 4.

18 *Quota hæreditatis conuertitur in quotam bonorum.*

19 *Filius tacite institutus per l. Regiam lib. 4. tit. 70. emphyteusim obtinet.*

20 *Plures fictiones ad diuersum finem, & a diuerso fonte procedentes concurrere possunt.*

21 *Resolutio, in fauorem filii, quod obtineat emphyteusim, licet alius sit, in tertia scriptus hæres.*

22 *Hæres institutus cum beneficio inuentarii, qui adiuit hæreditatem, caret emphyteusi.*

23 *Lex cum a matre, non procedit in hærede adeunte cum beneficio inuentarii.*

24 *In contrarium. Adducta in fauorem, non retorquentur in odium, ideo beneficium inuentarii, non nocet hæredi quoad emphyteusis assequutionem.*

25 *Hæres incapax emphyteusis, illam non consequitur.*

Lex generaliter loquẽs restringitur ad p̃sonas habiles.

26 *Habilitas debet tempore mortis concurrere.*

27 *Hæres incapax emphyteusis, an possit aliũ nominare.*

Eligere potest hæres, si defunctus emphyteuta, non nominauit.

28 *Ius ex contractu quæsitum transit ad hæredes etiam non nominatos.*

Eligendi potestas transit ad hæredes.

Defunctum hæres repræsentat.

29 *Declarandi potestas non transit ad hæredes.*

Nominare est eligere.

30 *In contrarium, quod hæres non potest nominare, quãdo defunctus non nominauit.*

QVÆSTIO IX.

1 NON inelegans quæstio est, *An lex Regia d. titu. 62. lib. 4. in prin. quatenus hæredi instituto, concedit emphyteusim, tanquam nominato, procedat, & locum habeat in hærede in re certa instituto?* Controuersia notabilis est in diuersa membra, necessario diuidenda. Aut enim loquimur, seu casum fingimus, in eo qui institutus in re certa, habet cohæredẽ, & procul dubio, is emphyteusim capere nõ potest. quia legatarii loco habetur, *l. quoties. 13. C. de hæred. instit.* ibi, *quos legatariorum loco haberi certum est*, & ibi notant Dd. *& in l. ex facto, in 2. ff. eod. titu.* Qua ratione nisi illi nominatim, emphyteusis sit relicta, nulla iuris ratione eam petere poterit, in terminis *l. Reg. d. titu. 62. in princ. lib. 4.* vbi fuit concessa emphyteusis. *pro eo quem emphyteuta nominabit*, quam, supra diximus resolui, in conditionem *si nominabitur*. Qua ratione nisi ille, se nominatum doceat, petere emphyteusim non potest, idque apud me, indubitatum est. Sed *an idem obtineat, quando emphyteusis, fuit concessa, pro me, & hæredibus meis*, tractabitur *infra. §. fin. d. tit. 62.* vide ibi. Quod autem attinet ad speciem concessionis, de qua agitur in princ. *d. l. Regia*, quia institutus in re certa dato cohærede, legatarius est, *vt habetur in d. l. quoties, & tradit Bart in d. l. ex facto, nu. 2. & Perusin. in cap. si pater, de testam. in 6. nu. 24. Ias. consi. 64. col. 2. lib. 1.* extra omnem controuersiã est ad eum emphyteusim pertinere, non posse, sed magis ad cohæredem vniuersalem, in quo cõcurrit voluntas defuncti, & legis Regiæ, *d. tit. 62. in princ.* dispositio, & decidendi ratio.

Hoc † tamen sane intelligendum est, quando 2
is cohæres, hæreditatem adiuit, vt proxime citati interpretes intelligunt, aliud procul dubio docẽtes si contingat illum hæreditatem repudiare: In hac enim specie institut⁹ in re certa, quoad omnia hæres erit, & vniuersam consequetur hæreditatem, & proinde emphyteusim. Paria namq; sunt, datum illi non fuisse cohæredem, vel scriptum repudiasse, aut adire nõ posse, *l. 2. § si sit. ff. ad Senatusconsultũ Tertull. l. si res. 52. § 1. ad Trebell.* Quare repudiante cohærede, reducitur ad terminos *l. 1. § si ex fundo. ff. de hæred. instit.* vbi institutus in re certa, non dato cohærede, per ius accrescendi quasi vniuersalis institutus hæres, totam consequitur hæreditatem, *ita Bart. d. l. ex facto, 2. num. 2. ff. de hæredi. instit. & ibi Imol. num. 7.* & est communis sententia, *secundum Alexand. in l. si quis priore, num. 4. ff. ad Trebell. Costam, in c. si pater. de testamen. 1. part. verbo, in re certa, num. 13. pag. 49.* quibus addo Baldum, *in consil. 379. lib. 4.*

Aut † casum ponimus, quando is hæres insti- 3
tutus, cohæredem non habet vniuersalem, & sane respõdendum est hunc hæredem esse insolidum, totamq; hæreditatem capere, atq; etiam emphyteusim ex regula d. l. Reg. *lib. 4. titu. 62. in princ.* coniuncta *l. 1. § si ex fundo. ff. de hæred. instit. Tiraq. de morte. 2. par. declarat. 4. nu. 14. cum seq.* & ita est intelligenda glo. verbo, *ex parte, in l. fin. C. de edict. diui Adria. tollen.* quæ negat hæredi, in re certa instituto illius. l. remedium. Intelligi enim debet, quando illi est datus vniuersalis cohæres, quo casu ille in re certa institutus legatarius est in quem *d. l. fi.* remedium, soli hæredi scripto concessum, non porrigitur, vt ibi Dd. cõmuniter probant, & fuit sententia Imolæ *d. l. ex facto in 2. ff. de hæred. instit. nu. 9. & 12. Perusi in c. si pater, de testam. in 6. nu. 26.* communem dicit Ripa *in l. 1. nu. 18. ff. quorum bonorum. Vbertinus d. l. fin. num. 192. Bello lib. 4. supputa. c. 8.* licet oppositum voluerit, Bart. *d. l. fin. & in d. l. ex facto, nu. 6.* ea potissimum ratione, quia, inquit, huius hæredis particularis aditione confirmatur testamentum, *vt habetur in l. 1. § si ex fundo. ff. de hæred. instit.* quam opinionem sequuntur hi, quorum meminit Tiraq *lib. de morte, 2. part. declarat. 4. nu. 2* & dicit communem Corne. *consil. 103. num. 3. lib. 2. Gozadi consil. 21. num. 12. & 30.* His tamen ego non adhærere soleo, quia illa confirmatio a futuro euentu pendet, si contingat cohæredem nolle, aut non posse adire: quo casu ille solus est hæres, & vniuersam consequitur hæreditatem, quia ille cohæres pro non scripto habetur, & propterea impedimentum non facit. Quoties itaque particularis hæres cohæredem non habet, vel datus cohæres hæreditatem repudiat, aut illam capere non potest, remedio *d. l. fin.* fruitur, & quouis alio hæredibus vniuersalibus concesso, secundum communem scribentium resolutionem, quam probat, & vt veram defendit Menoch *lib. de adipiscenda possess. remedio. 4. num. 16. cum sequent.* & est videre per Bartol. *in d. l. fin. num. 8. Alexand. 14. Decium. 25. Sapiam 46. Mantua lectu. 1. nu. 91. Zuchar. 193. & Tiraquell. d. declarat. 4. num. 12.* licet repugnet Ias. *in d. l. fin. nu. 7.* cui satisfacit Menoch. vbi supra. secũdum quam quidem resolutionem, huic particulari hæredi emphyteusis, vel negãda, vel concedenda est.

Est † & alius casus mixtus, in quo hæres par- 4
ticularis,

ticularis, non minus est hæres, quam legatarius, quod contingit, quando defunctus duos, vel tres redes instituens me in tertia, vel quarta parte bonorum hęredem fecit, vel etiam bonorum mobilium, vel immobilium tãtum, cui concedendum esse d. l. fin. remedium, post Fab. & Bal. voluit Tiraq. *lib. de morte 2. parte decla. 4. n. 1.* qui perpendit *d. l. fin.* quatenus loquitur etiam in hærede pro parte. Sed hæc resolutio vix applicari d. l. Regiæ *lib. 4. tit. 62. in prin.* potest, vt huic hęredi in certa quota hæreditatis instituto, concedi emphyteusis possit, qui cum hæres insolidum non sit nominatus diei non valet, nec cohæredum quispiam, qui magis sese inuicem impedire videntur, nisi ab ordine literæ sumpto argumento tu illam primo loco nominato concedas ex regula *l. quoties ff. de vsufruct.*

5 Ex † quibus infertur ad eum, qui in tertia aliquem hæredem instituit, iuxta formam l. Regiæ, *lib. 4. tit. 70. in prin.* Is enim sic in tertia parte bonorum institutus, emphyteusim non consequetur. Sed an filius qui per d. l. Regiam in reliquis duabus partibus hæres censetur scriptus, eam tanquã nominatus obtinebit? quæstio est maxime frequens, & de qua ego non semel vidi in foro disceptatum & non defuere, qui etiam filio in hac specie esse negandam emphyteusim intellexere, tanquam instituto in sola legitima, & consequenter in quota bonorum, non hæreditatis. Etenim bonorum quotam continet filiorum legitima, non hæreditatis, vt voluere Bart. l. *Ex facto, la grande, col. 2. ff. de heredi. instit. & in l. quia poterat, ad Treb. vbi Alex. n. 10. argu. l. Papinianus. § si quis impubes. & § quoniam. & § quarta. ff. de inoffi. testam. tradit post Aug. Iaso in § actionum, instit. de actio. nu. 216. & 277.* dixit communem Segura *in l. Cum patronus ff. de leg. 2. n. 49. Alex. in l. fin. n. 6. C. de edict. diui Adr. Ias. in l. re coniuncti ff. de leg. 3. n. 245. Berenga. in l. In quartam. ff. ad l. falci. n. 514.* qui etiam firmat communem, & Emanuel Costa, *in c. si pater, de testa. in 6. verbo, subsequenter 2. par. n. 24. qui plures alios citat pag. 231. & verbo, Trebellianica, n. 6. pag. 272.* Qua ratione, quia filius in sola legitima institutus hæres nõ est, consequi emphyteusim minime poterit, quemadmodum nec consequitur ius patronatus *secundum communem teste Costa d. nu. 6. & Couarru. lib. 2. resolu. c. 18. n. 9.* habetur enim hoc casu legatarii loco in sola legitima institutus filius, non minus, quam in re certa institutus extraneus, ad quem similiter ius patronatus non transit, quia requirit hæreditarium titulum, *vt adnotauit Cardi. in rubri. de iure patro. & Panor. in c. 1. eod. titu. Francus, in c. si pater, de testa. in 6. n. 39. Cæsar Lambertinus, de iure patron.* cuius ad idem meminit Costa, *d. c. si pater, verbo, Trebellianica, nu. 5. pag. 273.* firmans communem: quocirca huic filio in legitima tantum instituto, eo casu, quo alius reperitur in tertia hæres scriptus, minime conueniunt verba l. Reg. *libr. 4. tit. 62. in prin.* exigentia titulum hæreditarium, id est, quod ille sit hæres, qui emphyteusim petit. Quocirca cum illi verba l. non conueniant, neq; illius dispositionem conuenire iuris ratio permittit. Iuuat notabile Vlpiani responsum, *in l. 2. versic. si quarta. ff. familiæ her.* vbi hunc filium in legitima institutum nec hæredis nomine, nec bonorum possessoris, dignum esse ait, ibi dum subdit, *Si quarta ad aliquem ex constitutione Diui Pii deferatur, quia hic nec hæres, nec bonorum possessor fit, &c.* Non obtinebit igitur in hac specie emphyteusim filius, in sola legitima institutus hæres, quia legatarii loco habetur bonorum, siquidem quotam, legitima continet, non hæreditatis. In quo non differt ab eo, qui in tertia bonorum parte reperitur institutus. Hæc enim similiter in quota bonorum, non hæreditatis consistit, d. lex Regia *lib. 4. tit. 70. ibi, de seus bens.* Quapropter cum ad neutrum emphyteusis pertineat, vtriq; ad dominũ directũ reuertitur, ex lege concessionis, quia nullus fuit nominatur.

Iuuat † hanc etiam sententiã regula l. 1. de dotis promissione, ab eadem dispositione plura specialia repellentis, quæ sine dubio in hac re concurrunt, si filio emphyteusim concedamus. Est enim contra iuris præcepta, filium videri hæredem scriptum, ex eo solo quod pater de tertia disposuit, quę tacita institutio, seu præsumpta, secundum iuris nostri traditiones non obtinebat, Alexand. & Ias. *in l. Gallus in prin. ff. de lib. & posth.* licet oppositum voluerit Barto. ibi, *nu. 5.* & Paulus *in § fin. l. Si quis, eod. tit.* contra quos esse receptam sententiam, constat ex Alex. & Iason. *d. l. Gallus, ex Gulielmo in c. Raynutius verbo, in eodem testa. 1. nu. 39. Gome. in 1. tomo, cap. 5. num. 24.* Aliud vero speciale est, quod sic tacite institutus, videtur nominatus ad emphyteusim, de qua agimus, conditionaliter concessam, *pro eo, quem nominabis*, quæ est ratio, propter quam supra aduertimus, ab intestato filio succedenti, negandam esse emphyteusim ecclesiasticam, semota dispositione legis Regiæ *libr. 4. titul. 62. § 3.* quæ ad profanam tantum emphyteusim, est restringenda, quod sane argumentum, in huius partis fauorem, nimis vrgere videtur. 6

In † contrarium tamen, imo quod filius tanquam nominatus, emphyteusim consequatur, facit d. lex Regia *lib. 4. titu. 70.* quatenus in principio, ex eo solo, quod pater de tertia disposuit, testamentum valere sanxit, & decreuit, intelligens, filium in reliquis bonis censeri institutum a patre, qui de tertia tantum disposuit, ex regula *c. nonne de præsump. & l. Maritus, C. de procur.* Agnouit enim legislator, testamenti caput obtinere, hæredis institutionem, sine qua stare testamentum non potest, *l. Si nemo ff. de testam. tutel. l. proxime. § Calpurnius. ff. de his quæ in testamento delentur*, ibi, *non potest illud testamentum valere, quod hæredem non habet. § imprimis, Institut. de fideicomm. liber.* vbi similiter inutile testamentum iudicatur, quod hæredis institutione caret: sed validum testamentum decernit, in quo de tertia tantum pater disposuit, quoniam filium videtur in reliquis partibus instituisse, ibi, *tomarem a terca de seus bens, & a deixarem a quem lhes aprouuer, ou mandarem destribuir, despois de suas mortes, como for suas vontades, posto que no dito testamento, nom sejam expressamente os filhos instituidos, ou desherdados, mandamos que o testamento valha, & tenha effecto, por quanto pois o padre tomou, a terca de seus bens, parece que as duas partes quis, deixar aos filhos, & asse deuem ser auidos por instituidos herdeiros, &c.* Quibus sane verbis, apparet legislatorem statuisse, valere testamentum, non minus, quam si nominatim filius, esset hæres institutus, quod in ea specie, in qua in tertia nullum hæredem instituit, vtique plusquam notabile est. Quoniam si recte consideres, vbi parens de tertia disposuit, de qua in his regnis tantum disponere potest, filium 7

tantum videtur in legitima instituisse. quicquid enim in his regnis non est tertia, est filiorum legitima, qua ratione, quia legitima, bonorum quotam, non hæreditatis, continet, vtique testamentum subsistere, secundum iuris regulas, non posse videbatur, tanquam hærede careus. Imo & si in tertia aliquem instituisset, idem prorsus videbatur respondendum, quia & ipsam tertiam bonorum, non hæreditatis quotam continet, vt ex eadem lege Regia modo deduximus, & verum est. Nihilominus tamen oppositum legislatori placuit, imo quod illa tacita filiorum institutio, in duabus bonorum partibus testamentum confirmet, ac stabiliat, quamuis realiter, solum videantur instituti in sola legitima, quæ bonorum continet quotam, non hæreditatis, secundum quam considerationem non desunt, qui intelligant, legislatorem hac in re probare voluisse, eorum sententiam, qui resoluunt, legitimam filiorum hæreditatis quotam, non bonorum continere Quam receptiorem esse testatur, Corra. *in l. Hæres instituta, col. fin. Cod. de impub. & aliis substit.* secundum quem sensum de plano, dict. lex Regia procedit, decernens valere testamentum, in quo filius est institutus, licet ea institutio, ad solam legitimam referatur: & consequenter ad eum pertinere emphyteusim, quasi nominatum ex dispositione legis Regiæ *lib. 4. tit. 62. in pr.* sane respondendum videtur; siquidem hæres est a defuncto, tacite saltem institutus, cui remedium *l. fin. C. de edicto diui Adriani*, negari non debet, vt cum communi resoluit Menochius *lib. de adipiscen. poss. remedio 4. num. 79. & 88. cum seqq.*

8 Quæ † resolutio vera sane videtur, & ad d. legem Regiam necessaria traditio, in casu quo loquitur, nempe quando pater in genere, de tertia disposuit, quo casu filii legitimam deducunt, ex qualibet re hæreditaria, & iure quodam hæreditario fruuntur, vt notabiliter obseruauit Costa *in d. c. si pater de testam. in 6. verbo, Trebellianica num. 6. vers. ego autem.* Concedens in hac specie, filio ius patronatus, pro duabus partibus, hæredi vero instituto in tertia, pro reliqua tertia parte duntaxat, cuius contrarium obtinet, quando loco legitimæ, vnica res illi, est relicta, dato hærede vniuersali, quia is totum ius patronatus consequitur, filius autem illius nullam partem, quia in hac specie legitima, in vna re relicta, hæreditarium, nullum prorsus ius continet: quemadmodum in specie supra scripta, habet pro portione hæreditaria partes duas, & hæres in tertia, reliquam.

9 Comprobatur † hæc traditio, si exacte perpenderis, legitimam bonorum quotam, duntaxat continere, quoad effectum excludendi filium, a querela inoffic. testamenti, iuxta casum *l. Papinianus § si quis mortis. ff. de inoffi. testam. & in § fin. Insti. eodem titul.* cuius oppositum obtinet, quoad alios iuris effectus, quoad quos quidem, quota magis hæreditatis est, quam bonorum, *vt habetur in leg. Quandiu 25. ff. de bonis liber.* & videtur de hoc, esse bonus casus, *in l. Si ita 27. § si patronus ff. ad Trebellia.* vbi patronus, ex parte debita institutus hæres, hæreditario iure vtitur. Et ibi notat Angel. & post eum Alexand. *numer. 2.* quod vbi filius vel patronus, simpliciter est hæres, in sua legitima institutus, hæres, non legatarius censetur, quia quotam (inquiunt) hæreditatis obtinent, licet oppositum sit resoluendum, quando pro legitima illis, est res aliqua assignata. Et quamuis ille text. loquatur in patrono in legitima instituto, idem Alexand. probat in filio, & multo magis quidem, ex gloss. *in l. Si quis legatum 6. verbo, non posse. ff. de falsis.* Comprobatur hæc etiam traditio, ex auctoritate Baldi *n. 38. in lege fin. C. de edicto diui Adriani tollendo*, resoluentia illius legis, remedium concedendum esse filio, in legitima instituto, *Meno. lib. de adipiscenda poss. remedio 4. nu. 154.* licet Alex. *in d. l. fin. numer. 6.* & Zuebardus *num. 96.* repugnent. Quæ etiam resolutio, iuuatur eorum opinione, qui probant, in legitima dari ius accrescendi, licet in ea solum detur legalis coniunctio, in qua cessat ius accrescendi, *vt habetur in l. Proculus 20. ff. de lega. 2.* admittit tamen, nihilominus legitima ius accrescendi, quia quota est hæreditatis non bonorum, extra casum supra scriptum. In hæreditate enim, ius accrescendi conceditur, quamuis sola legalis coniunctio detur, *l. Seruus 66. iuncta gloss. communiter recepta ff. de acqu. hæred.* quod in patroni legitima, expressum habemus *in l. Siue, §. Ex duobus ff. de iure patro.* & ita cum communi resoluit Rubeus *cons. 156. post prin. & Ripa in l. Re coniuncti n. 211. ff. de leg. 3.* licet Ias. *ibi n. 242.* contradicat. Ex quibus sic explicatis in casu d. legis Regiæ *lib. 4. tit. 70. in prin.* sane resoluitur, filium institutum in legitima, quotam hæreditatis, non bonorum habere, licet de tertia parens disposuerit, & consequenter satisfactum esse dispositioni tex. *in d. tit. 62. in prin. lib. 4.* vt ille possit emphyteusim consequi, tanquam nominatus.

Quod † sane verum intelligo, siue tertiam parens legauerit, in qua sine scrupulo procedit, quia filius vere est hæres, & respectu tertiæ ille legatarius, siue etiam in ea tertia reperiatur institutus. 10
Nam cum tertia quota sit bonorum, non hæreditatis, & filius reperiatur hæres vniuersaliter scriptus, necessario respondendum est, institutum in tertia, & sic in quota bonorum, legatarium esse, ex eorum auctoritate, qui hoc idem in filio instituto, in sola legitima obseruandum intelleaere, *de quibus supra nu. 5.* quorum sententia in institutione tertiæ, vtique procedit, quæ quota bonorum est, quemadmodum est etiam legitima, in aliquibus rebus certis assignata. Aliter verbum, *instituo*, posset bonorum quotã, hæreditatis facere, quod tunc demum efficere potest, cum nullus adest vniuersalis cohæres, iuxta tradita *in l. 1. § si ex fundo. ff. de hered. insti.* Qua ratione, quamuis in casu d. legis Regiæ *lib. 4. tit. 70. in principio.* parens Titium instituat, in tertia, filius hæres erit vniuersalis, & ab eo capiet ille tertiam, tanquam legatarius, deducta falcidia, quam ex tertia, non minus, quam particularibus legatis, ex ea relictis, deducere filius poterit *ex adnotatis in c. Raynutius, & in ca. Raynaldus de testam.* Sic enim interpretor verba d. legis Regiæ *lib. 4. titu. 70. in prin.* ibi, *tomarem a terça de seus bens, & a leixarem a quem quiserem*, id est, *assumserint tertium bonorum suorum & illud, cui voluerint, reliquerint.* quouis nempe titulo hæreditatis, aut legati. Semper enim filius censetur hæres vniuersaliter institutus, & is cui tertia est relicta legatarius, etiamsi titulo vniuersali heredis, illi sit relicta, quod agnoscens legislator, scite quidem, vsus est illo verbo, *leixarem*, id est reliquerint, quod suapte

natura,

natura, ſecundum rectum ſenſum, directam inſtitutionem excludit, *ſecundum Bal. in l. Humanitatis, C. de impub. & aliis, & ibi Alexan. col. 1. tradit, Iaſ. in Auth. nouiſſima nu. 25. cum ſeq. & nume. 32. latius etiam 38. cum ſeq. & Corneus lib. 3. conſ. 93. a numer. 7.* Quamobrem eo verbo, vſus eſt loco legislator, quo ſignificaret, particularem titulum, ſemper habiturum eum, cui parēs tertiam relinquit, ſemper, inquam, ſiue titulo particulari legati, aut fideicommiſſi, illa ſit relicta, ſiue etiam generali hæreditatis, quoniam & is in particularem reſoluitur, propterea quod filij vniuerſales hæredes exiſtunt, ipſaque tertia bonorum, non hæreditatis eſt quota, quo fit, vt legatarius neceſſario ille cenſeatur, niſi ab hæreditate filij ſe abſtineant, quo caſu, inſtitutus in tertia, vniuerſam hæreditatem conſequetur.

11 Ex † quibus, lector optime accedere non poſſum Conimbricēſium interpretum quorundam opinioni, qui ſequuti Coſtæ ſententiam, *in l. Gallus. §. & quid ſi tantum, in prin. num. 46. cum ſeq.* docuere, inutile, in his regnis teſtamentum eſſe, niſi parens in tertia aliquem hæredem inſtituat, quod procul abiiciendum ſemper iudicaui, & id eſſe obſeruandum latius in d. legis Regiæ *lib. 4. tit. 70.* commentariis tractauimus. Multo etiam minus ſolitus ſum admittere, aliorum etiam Conimbricenſium præceptorum ſenſum, qui intrepide docuere, in caſu d. legis Regiæ *lib. 4. tit. 70.* filium legatarium eſſe cenſendum, ſi contingat, patrem aliquem hæredem in tertia hæreditatis ſuæ inſtituere, quod facere quidem poteſt ex Peralta *in l. Si quis ſeruum §. fin. nu. 16. ff. de leg. 2.* Qua ratione, vt illi intelligunt, is ſic hæres a patre, in tertia ſuæ hæreditatis parte inſtitutus, vniuerſalis hæres, cenſendus eſt neceſſario, iuxta regulam l. *Quoties 9. §. hæredes ff. de hæred. inſti.* & conſequenter, filius tacite in legitima inſtitutus, (quia illa bonorum eſt quota) legatarius eſt iudicandus, ex regu. *l. quoties 13. C. de hære. inſti.*

12 Vnde † notabiliter inferebant hi neoterici interpretes, in hac ſpecie, filium tanquam legatarium poſſe, parentis facto, & contractui contraire, non obſtante diſpoſitione *l. Cum a matre, Cod. de rei vind.* quæ ſolum loquitur, & procedit in filio hærede, non legatario, vt obſeruauit Iaſo. *in l. fin. §. in computatione, C. de iure delib. num. 10. ad finem*, Soarez qui in ſpecie loquitur *in l. Quoniam in prioribus, limi. 7. num. 13. Molina lib. 4. de primogen. cap. 1. num. 27.* Quæ vtilis eſt profecto, in praxi reſolutio, & non contemnenda.

13 Ego † cum aliquando Conimbricenſium præceptorum traditiones percurro, eas magni facere ſum ſolitus, quippe animaduerto eas, maxima cum diligentia ad Cleantis lucernam elaboratas, & eximios illius academiæ profeſſores, cum ſe doctrinæ penitus dediſſent, quicquid laboris poterat impendi, ad inquirendæ, ac indagandæ veritatis ſtudium, omnem ſuam induſtriam contuliſſe. Cæterum huic eorum traditioni, accedere nunquam potui. Agnoſco enim ea ſtante, vix teſtamentum defendi poſſe, in cuius fauorem, ne ruptum, irritumue fieret, ea lex Regia prodita eſt, ac ſalubriter promulgata, vt ex eius verbis conſtat, ibi, *em fauor do teſtamento, como ſe expreſſamente inſtituidos foſſem.* id eſt, *in fauorem teſtamenti, tanquā ſi expreſſe fuiſſent inſtituti.* Quæſo nonne his verbis liquet, *nullius roboris & momenti, teſtamentum eſſe, niſi filios hæredes inſtitutos a patre, eſſe intelligamus?* Sine dubio, id reſpondendum fore, l. illa Regia docet, iuriſque principia iubent. Nihil enim magis parentibus, cum teſtantur, incumbit quam filios, ſi quos habent, nominatim inſtituere, aut exhæredare, tex. *in l. Inter cætera. ff. de lib. & poſthu. & in prin. inſtitu. de exhæreda. libe.* cui præcepto adhærens, legislator, *in d. princ. tit. 70. lib. 4.* intelligens, inteſtatum deceſſurum parentem, qui in tertia hęredem ſcripſit, omiſſis liberis, vel præteritis, in teſtamenti fauorem ſtatuit, liberos inſtitutos videri, & tales cenſendos eſſe, ſi pater de tertia tantum diſpoſuiſſet. Hocque ita accipiendum eſt, (vt ego interpretor) ſiue hæreditatis, ſiue etiam legati titulo, de illa diſponere contingat, ne quo modo filii præteriti reperiantur, & euerſo patris iudicio, ipſe proinde inteſtatus decedat: Quæ fuit illius legis Regiæ, potiſſima ratio, & pluſquam neceſſaria promulgatio, cui ſatisfit minime, ſi intelligamus legatarios manere filios, quoties pater, titulo hæreditatis, tertiam alicui relinquit. Hoc modo, *inſtituo mihi hæredē Titium, in tertia mea hæreditatis parte*, in qua ſpecie, hi moderni interpretes, huic in tertia inſtituto hæredi, vniuerſale hæreditatis ius largiuntur, filiis particulare legati tribuentes. proprius quidem tradendum foret, filios, ex legis Regiæ, miniſterio inſtitutos eſſe, & in tertia inſtitutum legatarii locum obtinere, niſi filii a paterna hæreditate ſe abſtineant: ne quo modo teſtamentum infirmetur, contra legis Regię. & parentis intentionem, qui vt teſtatus decederet, ne forte abſtenſione filiorum, teſtamentum infirmaretur, in tertia hæredem fecit hæreditatis, quo ſuſtineri commode teſtamentum valeret: qua intentione vtique fruſtraretur, ſi proinde filii legatarii manerent, non nominatim inſtituti. Quocirca ea in tertia facta inſtitutio (vt teſtamētum ſuſtineatur) operari contrarium, nō poteſt effectum, per quem illud infirmetur: quemadmodum continget, ſi filios intelligamus, nominatim inſtitutos, vniuerſaliter non eſſe, ſed magis legatarios, quales illos eſſe præfati profeſſores opinantur.

Quod † neceſſarium conſequens eſt, ſi conſi- 14
deres regulæ *l. Inter cætera ff. de libe. & poſthu.* & ſimilium minime ſatisfieri, ſi filius in re certa inſtituatur hæres, alio vniuerſali hærede inſtituto, vt cum communi reſoluit Barbera. *in l. Cum pater, C. de inſtit. & ſubſtit. num. 103. per l. Cohæredi. 41. §. fin. ff. de vulg.* ibi, *nam & qui certæ rei hæres inſtituitur, cohærede non dato bonorum omnium, hæreditatem obtinet*, iuuat *l. Gallus. §. in omnibus. ff. de lib. & poſthu.* Is enim filius, pro pręterito habetur, qui legatarius in effectu eſt, ex regula *l. Quoties, Cod. de hæredi. inſti.* Quocirca, vt illi regulæ ſatisfiat, nec teſtamentum eo capite corruat, vel ſimpliciter inſtitui filius, nominatim debet, vel ſi in re certa inſtituatur, carere cohærede debet, quo caſu, omnem hæreditatem conſequitur, ſolusque hæres eſt, *d. l. Cohæredi. §. fin. l. 1. §. ſi ex fundo. ff. de hæred. inſt.* & conſequenter regulæ *dict. l. Inter cætera*, ſatisfactum dici poteſt, ſecundū quod habetur *in l. Cum quidam ff. de lib. & poſth.* Quare eo caſu neutiquam ſufficere, quod filius in re aliqua inſtituatur, planum eſt; requiritur enim quod in quota hæreditatis, aliqua fiat inſtitutio, quo inſti-

tutus in reliquis bonis dici commode valeat, *vt Bald. & Aretin. placuit in d. l. Gallus. §. in omnibus. ff. de lib. & posthum.*

15 Quæ † omnia legis Regiæ lator agnoscens, filium decreuit institutum censeri, intelligẽs ad testamenti validitatem, necessarium esse titulũ institutionis, nec sufficere, quod legati, aut fideicõmissi titulo, illi legitima relinquatur, vt *in l. inter cetera. 30. ff. de liber. & posth. & in princ. Instit. de exhared. lib. & §. eadem hæc, de hæred. quæ ab intestato, defer. Ias. in l. Filius a patre, nu. 6. ff. de lib. & posthum.* Notant Bald. Aretin. & Ias. *num. 7.* per text. ibi, *in l. cum quidam 19. illo tit. Bald. Imola, & Alex. d. l. inter cetera.* Licet repugnet glo. *l. 5. ff. de inoffic. testam. & in l. scimus. §. cum autem, verbo, celebrari, C. eod. tit. Ang. in l. ius quoque. nu. 2. ff. de hæred. inst. Guliel. late in c. Raynutius, verbo, in eodem testamento, in. 1. a nu. 15.* qui ex auctoritate Iurisconsulti, mouetur *in l. Papin. §. si quis mortis. ff. de inoffi. testam.* quatenus plane probare videtur, titulo particulari donationis, caussa mortis posse filio legitimã relinqui. Sed potest, & debet intelligi, quando in vita pater, filio legitimam dedit: non quando moriens, vt aduertit Imol. *in d. l. inter cetera. ff. de lib. & posthu.* quem in hoc probant Alex. & Aretin. ibi. Vel etiã cum Paulo, & Fulgo. *d. § si quis mortis,* intellige, ibi Iureconsultum præsupponere, filiũ, cui donata erat mortis caussa legitima, exhæredatum fuisse, & propterea testamentum valere, negandã vero querelam fore, quia cum legitimã obtineat, nullam querimoniæ, caussam habet, quapropter cessat querela, vt eo. §. probatur, *& in §. fin. Inst. eod. tit.* & tradit hũc sensum, sequutus Curr. Iun. *in l. posthu. nato, nu. 19. C. de bono. poss. contra tabu.* & Politus *in l. Filiis quem habentem, C. familiæ her. nu. 152. & Barbera in l. cum pater, C. de instit. & substit. num. 288. Vigli. d. §. fin. nu. 2. de inoffic. testa.* Ceterum gl. sententia *in d. l. 5. ff. de inoffi. testa. & in d. §. cum autem, de iure. C. & institu.* defendi poterit, quoniam eo iure, quicunque titulus sufficit, per *l. omnimodo, C. de inoffic. testa. vbi Bald. oppo. 1. Paulus nu. 2. & omnes alii communiter, & Alex. in l. 3. num. 1. C. de liber. præter. & alibi Dd.* passim hoc idem probantes, procedere de iure institutionum per tex. *in d. §. fin. Instit. de inoffic. testam.* vbi hoc idem glo. Angel. & alii communiter Dd. probant.

16 Ego † autem censeo, dispositionem *d. l inter cetera,* etiam de iure Codicis, fore obseruandam, per tex. *in l. maximũ vitium, C. de lib. præter. versi. sancimus, & in prin. Instit. de exhæred. liberorum,* & nos alibi fusius tractauimus, & nouissime probauit Costa *in cap. si pater de testam. in 6. pag. 72. a nu. 13.* incongruam intelligens tantam legum varietatem, vt modo institutionis titulus necessarius sit, modo quicunque titulus sufficiat. Nam quod præfati interpretes opinantur, de iure Codicis, institutionis titulum necessarium non esse, statim de iure Authenticorum, necessarium esse profitentur, per text. *in auth. vt cum de appellat. cogno. §. aliud quoque capitulum,* per quem ita hoc probant glo. Ang. & alii *in § tam autem. & in § igitur, Instit. de inoffic. testam. Dd. & in auth. nouissima, C. eod. tit.* Quam sentẽtiam probans legislator, volens eam in his regnis obseruari, ne quo modo testamentum corrueret, ex defectu institutionis statuit, & ordinauit, filium pro instituto hærede habendum, eo ipso, quod pater de tertia tantum disposuit, secundum quem sensum ea lex Regia probat, filiis titulo institutionis, relinquendam esse legitimam, non alio inferiori, quæ interpretatio necessaria est, vt ea lex Regia, iuris cõmunis præceptis conueniat, quę multo notabilior est ad tit. 75. §. 1. ibi, *o filho deue necessariamẽte deixar as duas partes de seus bens, a seu padre, ou madre,* vt intelligatur loquuta de titulo institutionis, quo etiã filii parentes honorare debent, ne diuerso filii & parentes iure censeantur, quæ etiam interpretatio iuri conueniens est, vt habetur *in § sive igitur, & in § hæc autem disposuimus, in auth. vt cum de appella. cogn. tradit Calder. de testam. cons. 5. Bald. lib. 4. cons. 84.* & est communis scribentium resolutio in Auth. *nouissima, C. de inoffic. test. Barb. & alij in c. Raynut. de testamen.* Ex quibus proculdubio, Conimbricensium professorum sententia, quam neq; ipsi quidẽ collatis, in vnum caussis & rationibus connectere potuerunt, facile refellitur, perperam intelligentium, in casu proposito, filium legatarium non hæredem, institutum manere, ex eo quod parens extraneum in tertia suæ hæreditatis parte, hæredem instituit, quod minime verum esse reor, quoniam hac traditione recenta, nulla iuris ratione testamentum defendi potest, vt *clare ex supra scriptis cõstat.* Insuper & si concedamus extraneum, institutum in tertia hæreditatis parte, hæredem esse, non legatarium, vt illi aiunt, ex auctoritate Peraltę *in l. si quis seruum. §. fin. nu. 16. ff. de leg. 2.* constituentis differentiam, inter legatũ tertiæ bonorum, & hæreditatis, vtique non conuincitur, proinde filium legatarium esse, aut censeri posse, imo respectu aliarum duarũ partium, hæredem esse fatendum est. Nam ex ratione d. legis Regiæ *lib. 4. tit. 70.* quemadmodũ pater, extraneum in tertia hæreditatis parte instituit, ita etiam tacite visus est instituisse filiũ, in aliis duabus partibus, suæ hæreditatis, de quibus nõ disposuit, secundum quod sine scrupulo, duo erunt hæredes, alter expressus, alter vero tacitus, hic ex duabus, ille ex tertia parte tantum, ex dispatibus vero partibus, posse plures hęredes institui, extra omnẽ controuersiam est, *per l. quoties. 9. §. hæredes, cum seq. ff. de hæred. Instit.*

Ego † non dubito, plurimum interesse, inter quotam bonorũ tertiam, vel quartam, & hæreditatis ex auctoritate Iurisconsulti, *in d. l. si quis seruũ. §. fin. cum l. seq. ff. de leg. 2.* vbi notabiliter Peralta explicans, quatuor refert effectus, vtiles huius diuersitatis, nec Segura *in l. vnũ ex familia. §. sed si fundum. col. 2. in fine, cũ seq.* negat, nec *in l. 3. §. fi. ff. de lib. & posth. fol. 8. col. 4.* tradit vtiliter Molina in *lib. 1. Maioratus, c. 10. a nu 5. & Gomez. in l. Tauri. 20. nu. 2.* Aduerto tamẽ, quod in his regnis, patri tantum conceditur, posse de tertia bonorum suorum disponere, si cupit testatus decedere, vt *d. l. Reg. lib. 4. tit. 70. in princ. probatur.* Statuit enim ibi lex Regia, validum esse testamentum, quando parens de tertia suorum bonorum disponens, illam alicui reliquit, inducens eo casu videri filios, in reliqua hæreditate institutos, vt testamentũ valeat, & testatus parens decedat, quæ tacita institutio, eo tantũ casu contra iuris regulas inducta fauore testamenti, vtique cessabit, quando ille non legauit bonorũ tertiam, sed magis in tertia hæreditatis suæ parte hæredẽ instituit. Hic n. casus cum sit ab ea lege Regia omissus manet per regulas iuris cõmunis decidendus, secundũ quas, quia filius, nec est nominatim institutus, 17

nec

nec exhæredatus, testamẽtum infirmatur, & nullum censetur. Quæ est ratio, propter quam verbis d. legis Regiæ, magis conuenit, filium haberi pro instituto, quam legatario, ne quo modo, testamẽtum corruat, cui opem ferre ea lex Regia, principaliter intellexit. Quocirca, & si verũ sit, quod in regnis Castellę, potest parens tertium & quintum relinquere, sub titulo vniuersali hęreditatis, vt cõtra Seguram Peralta *in d. nu. 16. §. fin. l. si quis seruũ. ff. de leg. 2.* probat, quia nulla lege oppositum cauetur, nec pro forma statuitur, quod in quota bonorũ, tertia illa relinquatur, vt Segura credebat: licet etiam in his regnis eadem Peraltæ, sententia obseruanda videatur, quia nulla similiter lege Regia, aliud expresse, aut tacite cauetur. Nihilominus tamen, quãdo illa tertia relinquitur in testamento, in quo aliter filii non sunt instituti, quã per dispositionem tertiæ, iuxta formam d. l. Reg. *lib. 4. tit. 70.* necessario resoluendum est, eam tertiam titulo legati, vel simili particulari, non hæreditatis relinquendam esse, vt sic testamentum valeat, & testatus parens decedat. Ad eũ enim casum d. l. Regiæ, dispositio restringenda est. Etenim illa lex in sua dispositione, noua est, & iuris cõmunis correctoria, secundũ cuius traditiones institui debet filius nominatim, & expresse, adeo vt non sufficiat tacita illius voluntas, & coniecturata per subauditos intellectus, *vt adnotauit gloss. 2. recepta in l. Gallus in princ. ff. de lib. & posthum. & ibi Bald. Ang. Imol. Cuma. & Alex. super d. gl. 2.* firmans cõmunem & Ias. *in l. si quis. §. fin. nu. 6. Gomez. in 1. tomo c. 3. nu. 23.* & tanquam indubitatum asserit, Guilelmus *in c. Raynutius, verbo, in eodem testamento, in 1. nu. 39.* qui latius prosequitur verbo, *adyciens, ante nu. 24. cum seq.* Quam sententiã fouet regula, *l. ex facto. 19. ff. de hered. instit.* probantis, per verba, enunciatiua aut conditionalia, non induci hæredis institutionem, & est bonus casus *in d. l. si quis. 16. §. fin. in fine ff. de vulgari*, licet contradicat Bart. *in d. l. Gallus in prin. nu. 6. & in l. 1. nu. 16. de vulgari, & d. §. fin. nu. 2. l. si quis eum*, quem conatur defendere Fortun. *d. l. Gallus in princ. a num. 76. & Couarr. in c. Raynutius §. 3. num. 9. & Loriot. de natiuitate, axiom. 21.* communem tamen probat Forca. *dialogo. 9.* Quocirca d. l. Reg. *lib. 4. tit. 70.* ad illum casum particularem, restringenda est, vt nos latius in eius commento obseruauimus.

18 Ex † quibus sane resoluitur, quod in casu l. Regiæ *d. tit. 70. lib. 4.* licet tertia sub quota hæreditatis, alicui relicta sit, filius hæres est non legatarius, & consequenter adstrictus dispositioni, *l. cum a matre, C. de rei vind.* Etenim in hac specie, illa hæreditatis quota, resolui debet in quotam bonorum, quæ conuersio facilis est, vt Iustiniano placuit, *in §. post quod, Instit. de fideicomm. hered.* firmat, Segura *d. l. vnum ex familia. §. sed si fundum. ff. de leg. 2. col. 5. post medium, versi. vnum tamen est*, maxime vt testamentum teneat, & parens testatus decedat, vt decedere voluisse præsumendũ est: siquidem de sola tertia disposuit, quod minime contingere potest, si tertiam sub hæreditatis quota, esse relictam intelligamus: quo casu, vt prædiximus, tacita institutio filiorũ cessat, & consequenter, testamenti validitas. Recte igitur, nos *supra* diximus legem Regiã *d. tit. 70.* fore intelligendam siue parens de tertia titulo vniuersali, siue etiam particulari disponat: vtroq; enim casu valebit testamentũ, & erunt filii instituti, conuersa hęreditatis quota, in quotã bonorum, si quando per errorem, & incuriã defunctus dixerit, *hæredem Titium, in tertia hereditatis mea parte, facio.* Quę verba, ne testamentũ corruat, sane conuertenda sunt in tertiam bonorũ, quo casu lex Regia loquitur, & testamentum confirmat, aliter minime: quia casus ille omissus in dispositione iuris cõmunis, remanet: At si serio id defunctus statuit, vtique intelligi debet id fecisse, si forte filii se abstinuissent, vt ille in tertia institutus, vniuersalis hæres sit.

Intellecta † igitur, secundũ hunc sensum, lege 19
Regia, *d. tit. 70. lib. 4.* respondendũ est, filiũ eo modo institutum, & vocatum, emphyteusim obtẽturum, quasi nominatũ, per d. l. Regiam *lib. 4. tit. 62. in prin.* Obstare nõ videtur regula *l. 1. C. de dot. promiss.* negantis duo, posse in eadẽ dispositione concurrere, specialia, quemadmodum cõcurrere videntur in isto casu. Quorum primũ respicit tacitã institutionẽ, seu vocationem parentis, inducere institutionis dispositionem, iuxta formã *l. Reg. d. lib. 4. tit. 70.* Secundũ vero respicit, legis Regiæ dispositionem *d. tit. 62. in prin.* iuris traditionib. cõtrariam esse, ac repugnantem, quatenus emphyteusim, sub cõditione concessam, *pro eo quẽ nominabo*, instituto hæredi cõcedit: nisi dixeris hoc secundũ speciale, tale nõ esse, siquidem ea l. Regia, deferens hæredi scripto emphyteusim, secundũ iuris dispositionẽ procedit, ex Bar. cuius sup. facta est mentio *q. 7. n. 1.*

Vel † aliter, & forte melius hęc difficultas, quę 20
frequens in hac materia est, dissolui potest, nempe quod regula d. *l. 1. C. de dotis promiss. & l. cum post. §. gener. ff. de iure dot.* solũ procedit, quando circa idem ad eundem effectum producendum, duo specialia, seu duæ fictiones ex eodem fonte pductæ cõcurrunt. Secus vero, si ad diuersum finem, & a diuerso fonte procedant, quia tunc tres, & plures fictiones, ne dum duæ concurrere possunt, vt probat text. ad id celebris *in l. licet. 43. versi. quoties. ff. de iure dot.* vbi ego creditor cui tu centum debebas, animo, & intentione dotandi Bertam vxorem futuram, tibi accepto tuli, deinde non sequutis nuptiis Iurisconsultus respondet, teneri te Bertæ dicta centum restituere, quasi ego accepto, ferens te liberauerim, quasi mihi solueris, deinde illa Bertæ dederim, & illa tibi tradiderit: vt ex verbis Iurisconsulti constat, ibi, *Quoties autem, extraneus accepto fert debitori, dotis constituendæ caussa. siquidem nuptiæ insequutæ non fuerint, liberatio non sequetur, nisi forte sic accepto tulit, vt velit mulieri in totum donatum.* Et ibi adnotauit gloss. verbo, *datum*, tres ibi concurrere fictiones, nempe, quod debitor futurus maritus creditoris, soluerit, deinde ille vxori futuræ dederit, & illa marito, concordat *l. singularia. 15. in fin. ff. si cert. petat.* vbi similiter Vlpianus respondet, pecuniam, quæ mihi mandati actione debetur, mutui caussa deberi, si conuenit inter nos, quod illas tu mutuo habeas, quasi tu mihi solueris, & deinde ego easdem tibi mutuo dederim: Et ibi notant Bartol. & Dd. communiter hanc doctrinam tradentes, duas, & plures fictiones concurrere posse a diuersu fonte, & ad diuersum finem procedentes: quemadmodum in d. iuribus contingit, diuersas fictiones inductas concurrere, ex diuersis capitibus, & ad diuersos effectus. In d. enim *vers. quoties*, ex acceptilatio-

ne fingitur creditori solutio facta, in fauorem debitoris, & sic ad illius liberatinnem inducendam, & quia ea acceptilario dotis, caossa facta fuit, & consequenter, animn dotandi mulierem, videtur illi pecunia data, in ipsius, scilic. fanorem. Deniq; breui manu, dicitur debitori marito data, spe futuri coniugii, & sic illn non sequuto mulieri restituere teneatnr, quod idẽ in *d. l. singularia*, obtinuit. Per acceptilarionem enim, fingitur a te mihi pecunia data, & deinde a me ad te profecta. Ita etiam notabiliter Bar. explicat *in l. si is qui pro emtore ff. de vsucap. q. fin. num. 71. idem Bart. in l. sub conditione. ff. de solut. num. 3. & in l. Gerit, ad finem. ff. de acqu. hæred. Ias. d. l. si is qui pro emtore. n. fin. & ibi Crotus num. 180. idem Ias. in d. l. singularia, num. 6. ff. si cert. petat.* Hæc iuris nostri communis traditio, casui nostro applicari recte potest, si consideres legis Regiæ præsumtam institutionem, ex eo inductam, quod pater de tertia tantum disposuit, testamenti fauorem respicere, & consequenter ipsius defuncti. Quod autem præsumatur hæres nominatus, ex eo quod fuit institutus, ipsius hæredis gratiam respicit, & sic effectum diuersum, a diuerso fonte procedentem, quæ vtilis resolutio est, & ad casum istum notabilis.

21 Per † quã. vt vides, stare potest, quod diximus, emphyteusim consequuturum filium tacite institutum, secundum legis Regiæ *lib. 4. titu. 70. in princ.* dispositionem, siue tertia, de qua ibi, parẽs alii legauerit, quo casu, sine dubio legatari⁹ ille est siue etiam per quotam hæreditatis, in ea quempiam hæredem instituerit, quia nihilominus, filius institutus est, & vniuersalior hæres, siquidem maiorem partem obtinet hæreditatis, & proinde licet etiam in tertia, honoratus sit hæres, cedere filio debet, emphyteusim petenti, *vt in titu. 62. §. 2. Ord. lib. 4. adnotabimus*, vbi est bonus casus, in materia negans emphyteusim illi, cui defunctus tertiam reliquit, nisi illam l. intelligas procedere, quando titulo legati, aut fideicommissi reliquit, nnn hæreditatis nomine.

22 Sed † an *d. l. Regia lib. 4. titu. 62. in princ. procedat in hærede, nolẽte aliter, quam cum beneficio inuentarii, adire hæreditatem?* probabilis hæsitatin est, quam nnn semel in Senatu nnstro vidimus tractatam. Caussam huius quæstionis præstitit, glo. singularis in *l. fin. in §. in computatione, verbo confundantur, C. de iure delib. circa medium, versi. sed si vltra quartum*, quæ huiusmodi hæredem appellat, quasi hæredem intelligens verum hæredem non esse. Et ibi Bald *col. 3. versi. secũdo quæro, quid si institutus*, ait hũc hęredẽ non habere verũ nomen hęredis. Qua ratione nnn videtur cõprehẽsus, sub verbis legis *d. tit. 62. lib. 4.* quę simpliciter loqnitur in hærede vero, scilicet, non improprio *l. 1. §. 1. ff. de donat.* simpliciter enim dicta, simpliciter sunt intelligenda. *l. si ita quis. §. fin. ff. de leg. 2. l. hoc legatum. ff. de leg. 3. l. vlt. C. de his qui veni. ætatis impetra. tradit præpos. in c. ad id, col. 1. versi. do vobis, de sponsa.* Iuuant quæ iam supra adnotauimus, de secundo hærede, quem diximus, non videri contineri, sub verbis d. l. Reg. Quia verus, & simpliciter verbo sumto, hæres non est, sed magis secundum quid, qualis est etiam is, qui cum beneficio innẽtarii, & non aliter hæreditatem agnnscit: qnod Imperatot satis insinuare videtur, *in d. l. fin. §. si vero postquam, C. de iure delib.* quatenus per verbum, *intelligitur*, quid denotat improprietatem, inquit, quod is hæres esse intelligitur.

Quo † fit, vt exceptio de qua *in l. cum a matre, C. de rei vendicat.* huic hæredi, cum beneficio inuentarii, minime obstet, quin rem possit suam a defuncto venditam, vindicare, *vt voluit gloss. d. §. in cõputatione, verbo, cõfundantur, in fin. & ibi Butric. Bart. col. fin. versi. venio ad vltim. quæstionem. glo. Bald. col. pen. versi. vlterius, Alber. etiam col. penul. versi. vltima quæstio, Angel. col. 2. versi. in gloss. fin. Salic. etiam col. 2. versi. quæro omissis, Fulgos. Paulus, Alexand. & Ias. ibi, & plures alii, quorum meminit Tiraq. lib. de morte. 2. par. declarat. 12. nu. 4. tradit Rubeus cons. 84. nu. 7. & Mencha. de successio. creat. §. 6. nu. 47. Sylua. cons. 15. nu. 36. Tobias Nonius cons. 2. nu. 13. Dec. cons. 158. Thomas Gramma. q. 93. nu. 11. Goza. cons. 46. nu. 6. Paris. lib. 1. cons. 10. nu. 7. cum seq.* vbi dicit communem. & latius ceteris Pinell. *in l. 1. part. 4. de bonis mater. nu. 8. & ante nu. 93. cum seq. Exea de pactis, n. 228. & Afflict. in c. 1. an agnatus Curt. lib. feudorum 3 part. regul. 2. q. 3. in fine, Barba. lib. 4. cons. 66. col. 4. & Socin. Iun. cons. 112. nu. 11. lib. 1.* Ex quibus satis probabile est, legem Regiam, in huiusmodi hęrede adeunte, cum beneficio inuentarii non procedere. 23

Quibus † tamen non obstantibus, mihi contrarium semper verius visum fuit, & hanc sententiam noster Senatus, crebro sequutus est, emphyteusim concedens hæredi instituto, vel etiam ab intestato succedenti, absq; vlla distinctione, fecerit innentariũ, necne. Mouemur, quia iure exploratum est, innentarii beneficium, in fauorem hæredum produsse, ne qno modo vltra vires hęreditarias, conueniri possent, *vt in d. l. fin. C. de iure delib.* Quapropter, quod in hæredis fauorem statutum est, in odium ipsius retorqueri, non potest, *ex regula l. quod fauore, C. de legib.* Id enim quod in augmentum a lege, institutum esse dignoscitur, diminutionem operari non posse, iuris præceptis connenit, *l. legata inutiliter. 19. ff. de leg. 1. & l. legata 14. ff. de adim. legat. habetur, & in l. vinum. ff. de tritico, vino, & oleo legato.* Quamobrem huic hæredi, cum beneficio inuentarii adeunti, suoque iure vtendi, nulla iuris ratio permittit, negari posse emphyteusim, quæ per d. ll. Regias hæredi conceditur, & hoc iure vtimur. 24

Nec mouere debent in contrariũ adducta, quia verum minime est, inuentarii beneficium, & confectionem hunc quasi, aut improprium hæredem facere, vt ex verbis *d. l. fin. C. de iure delib.* colligitur, quæ passim in discursu simpliciter, eum hæredem appellat: idq; late comprobat, Tiraq. *lib. de morte. 2. part. declarat. 12. a nu. 8.*

Hæc † autem Ordinatio Regia, & alia, quæ supra adduximus, restringẽda sunt, ad hæredem capacem emphyteuticæ concessionis, de qua agitur, quæ incapacitas, tam ex forma contractus emphyteutici, quam rei natura, & conditione hæredis, colligi potest, si forte potentior, aut alias prohibitus hæres, reperiatnr, aut aliter emphyteutica concessione indignus, *vt inferius, suis in locis explicabimus.* Is enim, & si hæreditatem consequatur, non tamen emphyteusim: defunctus enim contra legem contractus, vel aliter iure repugnante, quæ nominandi potentiam auferunt, nominare alias prohibitum, & indignnm non potuit. Et quia legum, Canonum, atque etiam statutorum beneficia, capacibus tantum scripta sunt, & eisdem 25

confe-

conferuntur, *l. Lucius Titius Damam. ff. de leg. 2.* quare omnis quantumuis generalis dispositio, restringi. ad personas habiles consueuit, *l. Vt gradatim. ff. de maner. & hono. gloss. & Bart. in l. Emancipati. ff. de adopt. & in l. 1. C. de sacrosan. eccle. & in l. 1. C. vbi de ratioci. cum aliis adductis, per Iaso. & alios in d. l. 1. Cod. de sacrosanct. ecclesiis, Alexander, Socin. & Iasi. a l. 2. § prætor ait, ff. qui satisdat. cog. tradit Alexan. consil. 140. col. 2. lib. 1. Barba. cons. 1. col. 5. versic. & licet, lib. 2. Tiraq. lib. 1. de retra. § 1. gloss. 7. num. 26. & lib. de morte 2. parte, declara. 1. per totam, Menochius de adipiscenda. possess. remedio. 4. num. 753. cum seq.* Secundum quam traditionem, l. Regia *d. lib. 4. tit. 62. in prin.* generaliter concedens hæredi instituto emphyteusim, restringi, necessario debet ad hæredem, emphyteusis capacem, quod idem in §. 3. nbtinet, *vt infra dicemus qu. 13. ad fin. & in cōmenta. ad Ordi. Reg. lib. 4. tit. 63. in rub. n. 56.*

26 Quo autem † tempore, hæc habilitas concurrere debeat, passim nostri tradunt auctores, præcipue *in l. Si alienum 49. § 1. ff. de hæred. insti. & ibi gl. & DD. & in § in extraneis, Instit. eod. tit. & in l. 1. vers. vnde autem. ff. vnde vir & vxor, denique & in § fin. Inst. de hæredum quali. tradit Bart. cons. 31. lib. 1. Roma cons. 442. Cur. iun. cons. 7. col. 2. vers. 4.* Ego, ex forma concessionis intelligo, mortis tempus attendendum esse, quoniam tunc temporis nominandi facultas, extinguitur, & dies cedit, quare ad instar legati illud tempus, attendendum est, *gl. & Imol. d. l. Si alienum. § 1. de ff. hæredi. insti. habetur in l. Interuenit. ff. de leg. præstan. faciunt Bar. & Roma. & Cur. in supra relatis consiliis.* En enim tempore, nisi aliquis capax reperiatur ab emphyteuta nominatus, emphyteusis ad dominum per consolidationem, ipso iure reuertitur, secundum formam concessionis, quamobrem superueniens inhabilitas illi nocere non debet, *ex his quæ tradit Cur. d. cons. 7. n. 4. & DD. in leg. Gallus §. & quod si tantam. ff. de lib. & post.*

27 Vidi † tamen in his terminis super emphyteusi, magnæ æstimationis controuersiam valde, *an si defuncti hæres emphyteusis incapax, possit quempiam alium defuncti emphyteuta nomine eligere*, & iuxta formam concessionis, nominare? Contingit enim, quod pater spurium a Rege legitimatum, hæredem vniuersalem sibi instituit, in qua hæreditate magni pretii inerat emphyteusis ecclesiastica, quā intelligēs, non posse obtinere, ob natalium defectum, ex communi scribentium senteotia *in l. generaliter, § cum autem, C. de insti. & substi.* magnorum virorum consilio, antequam dominus directus litem moueret, capacem quendam pareotis defuncti nnmine, omni meliori modo, & c. nominauit, & empbyteusim tradidit, mota postea lite ab ecclesia emphyteusim repetente de validitate huius nominatinnis, ab hærede facta, actum fuit. Et pro parte nominati aduersus ecclesiam inducebatur ille casus nntabilis *in l. si quis seruum. 8. § si inter duos. ff. de leg. 2.* vbi cum inter duos fuisset contentio, de quo defunctus senserit Iurisconsultus respondet, *eligere debet hæres, cui soluat, vt ab eo defendatur.* Sic ergo in proposito, quia emphyteuta defunctus nullum ad emphyteusim nominauit, hæres eligere debet, cui emphyteusis tradatur.

28 Quod † in contractibus maxime admitteodum videtur, in quibus ius ex ipsis pendens, & acquisitum, ad hæredes etiam nō nominatos trāsit, *l. veteris. C. de contrah. stip. l. pactū ff. de proba. l. si necessarias. § pen. ff. de pig. acti. cum aliis quæ tradit Tiraq. lib. de retra. conuenti gl. 6. in pr.* Habent Hispani bonam l. Reg. *Par. 3. tit. 14. l. 11.* Imo eligendi ius, & potestas alicui actionis iure competens, ad illius hæredes transit, vt est tex. reputatus singularis *in l. Si stipulatus fuerim 76. ff. de verbo. obliga.* vbi Iurisconsultus in hæc verba, *Si stipulatus fuerim illud, aut illud, quod ego voluero, hæc electio personalis est, & ideo seruo, vel filio talis electio cohæret, in hæredes tamen transit obligatio, & ante electionem mortuo stipulatore.* Et ibi notant glos. Bar. & DD. eligendi facoltatem, & si personalis sit, ad hęredem transire, *vt post Bar. firmat Cur. iun. cons. 4. ante nu. 8.* quod etiam Pauli responso confirmatur *in l. tutoribus 34. § hæredibus. ff. de admi. tuto.* vbi electionem pupillo concessam, agendi aduersus quemlibet tutorum, etiam hæredibus eiusdem Iuriscnnsultus concedit. Et ibi notant Bar. & alii, quod ius eligendi adoersus vnum ex pluribus correis ad hæredes nostros transit quemadmodum & *in d. l. si stipulatus fuerim*, trnnsit eligendi vtram rē malim. Qund idem Paulus planius multo dncnit *in l. Illud 19. ff. de optio. lega.* in hæc verba, *Illud, aut illud, vtrum elegerit, legatarius: nullo a legatario electo, decedente eo, post diem legati cedentem, ad hæredem transmitti placuit.* Habetur *in § optionis instit. de leg. vbi DD. & Alexan. in l. si sic, in pr. de leg. 1. col. 3. Paris. lib. 2. cons. 36. n. 42.* Concordat Vlpianus *in l. si quis a filio 32. § 1. ff. de leg. 1.* vbi defunctus quidam plures Stichos habēs, simpliciter mihi Stichū legauit, & quia dubium erat, de quo testator senserit, Iureconsultus respondet, hæredi electionem dandam, quem dare debeat. Quorum quidem iurium argumento, & ratione, respondendum videtur, posse hæredem, quando defunctns emphyteuta neminem elegit, post mortem eligere, seu ad emphyteusim, quam ille habebat, nominare: quæ nominatio, & electio ab eodem defuncto dici potest, cum ab eius sit hærede. Siquidem exploratum est, hæredem repræseotare defunctum, & vtrumque eādem omnino personam reputari, *l. hæredem ff. de regu. iur. & ibi Decius, & alii.* Quo fit, vt sub dispositione legis Regiæ, *lib. 3. tit. 16.* hæres comprehendatur agens, & patiens, *vt tradit Rebuff. primo tomo, ad leges Fran. tit. de lit. obl. arti. 3. gl. 2. n. 14. & ibi n. 4. cum seq. Mencha. de success. crea. § 6. nu. 40. a n. 37.* Quorum sane argumento hæc videtur tenenda sententia, quam reperio in specie tenuisse Burgensem *in l. 1. Tauri, nu. 428. cum seq. referens Pan. lib. 2. cons. 80. ita consuluisse, & Bologni. cōs. 6. col. 5.* quorū ibidē ille meminit. *n. 434.*

Nec † dixeris, inquit ibidem, *n. 431.* hoic asser- 29
tioni nocere, quod alibi scriptum est, declarandi porestatem ad hæredem nnn transire, quia ab arbitrin defuncti pendet, *vt habetur in l. Inter stipulantem. § Sticham ff. de verb. oblig. gl. & DD. in l. idem Pomponius scribit ff. de rei vindi. § fin. cum aliis, quæ tradit Alexand. d. § 1. l. Inter stipulantē, col. 3. & ibi Iaso. n. 6. idem Iaso. in l. Centesimum. § si ita stipulatus, n. 3. ff. de verborū oblig. & in l. Si quis arbitratu. vbi etiam DD. eod. tit. tradit Roma. in repeti. l. naturaliter § nihil commune. ff. de acqui. posse. n. 25. & ibi DD. & in l. edita. C. de edendo. & Decius in cap. cum venissent, col. 3. de iud. Gome. 1. tomo. c. 9. n. 2. Gama. q. 78. tradit Angel. in l. Ex facto, ff. de vulgari*, inferens proiude non bene respondisse Barto. *in l. Omnes populi. ff. de iust. & iure, q. 3.* pnsse decuriones, statuta a suis prædecessoribus facta declarare. Cuius sententiam probat Ruinus, *lib. 1. cons. 38.*

num.9.& Burgensis in d.l.1. Tauri,n.424. Non obstat, inquit Burgen.*d.n.431.* hæc doctrina, quia tantum loquitur, & procedit in declarandi facultate, quę quia in arbitrio consistit declarare debentis, eius morte finitur, & extinguitur. Cuius contrarium obtinet in electione, seu nominatione, de qua agimus. Quare merito, iam superius admonuimus, has emphyteuticas nominationes, electiones esse quod *d.nu 431.* Burgen. in specie probat verum esse. Quocirca licet declarandi potestas, ad hæredes non transeat, eligendi transit, *vt d.loco Burgensis explicat, & Thobias Nonius consil. 14. num. 3. & fin.*

30 Quibus † sane non obstantibus, ego in cōtrariam feror sententiam. Intelligo enim in terminis concessionis, de qua loquitur lex Regia, *lib.4.tit. 62. in princ.* nempe cum conceditur mihi emphyteusis, quoad vitam fruenda, *& pro, quem nominabo*, limitatam concessionem videri, & restrictam ad vitam accipientis duntaxat, si nullum nominauerit, antequam moriatur: Quapropter, restricta nominandi, seu eligendi facultas ad tempus mortis, post eius mortem exerceri non potest: quoniam limitata causa, limitatum producit effectum, *l. in agris.ff.de acquir.rerum dominio.* Simulac enim accipiens non nominauit, vt iam supra resoluimus, emphyteusis est extincta, & ad dominum, per cōsolidationem ipso iure reuersa. Quare cessat in hærede eligendi potestas, & occasio, quæ adhuc durat in casibus supra citatis, in quibus ad hæredes transit eligendi facultas. Quod mihi significare plane Iurisconsultus videtur *in l. cum quidam 24.ff.de leg.2.* vbi ponitur casus, in quo mihi fuit fundus legatus, sub onere illum restituendi, ex libertis defuncti, cui vellem. Contingit me nullum elegisse: Respondet Vlpianus, omnes petere fundum posse, ibi, *idem ait, si neminem elegerit, omnes ad petitionem fideicommissi admitti videri, quasi iam præsente die datum, cum sic relinquitur, quibus voles, nec vlli offeratur.* Concordat Iurisconsultus *in l.vnum ex familia, 69.§.rogo.ff.eod.tit. de leg.2.* ibi, *quod ad verba attinet, ipsius erit electio, nec petere quisquā poterit, quandiu præferri potest alius, defuncto eo, priusquam eligat, petent omnes.* Concordat ibidem tex. *in §.sed si vno, & in l.si quis Titio 17. §.fin. eod.tit.* quod minime tam serio respondissent Iureconsulti, si nihilominus eligere hæres grauati potuisset: Quocirca defendi Burgēsis sententia nequit concedentis, hæredem emphyteutæ posse secundam, vel tertiam personam nominare, quando nullum defunctus emphyteuta nominauit. Nam quemadmodum in d.iuribus ex mente defuncti omnes de familia admittuntur, nec hæredi cōceditur, eligendi potestas, ita etiam ex dominica cōcessione emphyteusis, de qua agimus, dicitur extincta, & ad dominum ipso iure reuersa. Quod eo maxime casu placet, quo incapacem defunctus nominauit, aut hęredē instituit: fecit namque quod in se erat, nec voluit hæredem eligere, seu nominare quempiam alium posse.

SVMMARIA.

1 *Testamento nuncupatiuo hæres institutus emphyteusim consequitur quasi nominatus.*

2 *Legatarius, cui emphyteusis legata est, dicitur nominatus, seu electus.*

3 *Nominatus ab emphyteuta, à domino dicitur nominatus, & capere.*

Fallit lex Regia, lib.4.tit.62. quando emphyteuta alii legauit.

4 *Legari emphyteusis potest sine domini consensu.*

5 *Excluso legatario emphyteusis hæredi est concedenda.*

Dictio, frustra, inducit nullitatem.

Post testamentum nominatus excludit legatarium.

6 *Incapax legatarius an hæredem excludat.*

7 *Si legatarius repudiat emphyteusim hæres illam retinebit.*

8 *Legato caduco facto emphyteusis ad hæredē pertinet.*

Emphyteusis omnis incapaci legata apud hæredem manet.

9 *Hæres institutus si non potest hæreditatem capere, nec emphyteusim capiet.*

Nominatio qua nititur hæres, extinguitur, cum ipso titulo hæreditatis.

10 *Hæres incapax, respectu emphyteutæ, capax vero respectu domini directi, emphyteusim capere potest.*

Ex actu nullo probatur voluntas.

11 *Securitas delinquenti, nulliter concessa, obseruanda est.*

Interpr.Ord.Regia, lib.4.tit.63.§.3.

12 *Deportatus nominari ad emphyteusim non potest.*

13 *Etiam hæres extraneus institutus consequitur emphyteusim.*

Fallit in emphyteusi ecclesiastica, quæ ad hæredem extraneum non transit.

Lex ciuilis, nec ecclesiam, nec eius bona ligare potest, etiam quo ad vtile dominium.

14 *Concessio, pro quibus dederis, seu, pro eo quem nominabis, includit extraneos.*

Concessio facta debita solemnitate præcedente, ad hæredes extraneos transit.

15 *Clausula, & quibuscunq; dederis, includit extraneos.*

16 *Fiscus capit emphyteusim ad extraneos transituram.*

Clausula, quod emphyteusis domino irrequisito non alienetur, efficit ne includatur extraneus.

17 *Fallit lex Regia, lib. 4. tit. 62. quando emphyteusis non potest ad hæredes transire.*

Emphyteusis ecclesiastica in dubio dicitur, pro filiis tantum concessa, licet eorum non sit facta mentio.

18 *Feudum pro hæredibus concessum solis descendentibus defertur.*

Concessio ecclesiæ in tertiam generationem, vel trium personarum vitam, vel etiam pro hæredibus restringitur ad descendentes, ne includat extraneos.

19 *Lex ciuilis ligat rei ecclesiasticæ vtile dominium ad laicos pertinens, quando ecclesia non nocet.*

20 *Emphyteusim simul cum hæreditate non adita, scriptus hæres, ad hæredes transmittit.*

Hæreditas non adita, non transmittitur.

21 *Transmittitur tamen ex potentia suitatis.*

22 *Vel etiam ex potentia sanguinis.*

23 *Vel etiam ex iure deliberandi.*

24 *Aut etiam ex iure restitutionis in integrum.*

25 *Emphyteusis cum hæreditate transmittitur ad hæredes, dummodo adhuc duret concessio.*

26 *Acquisitiones legales ad hæredes transmittuntur.*

27 *Fallit, lex Regia, lib.4.tit.62.in prin.in hærede, qui repudiauit hæreditatem.*

Voluntas defuncti, est indiuidua.

28 *Emphyteusim pro filiis quæsitam, licet capere, & hæreditatem repudiare.*

Regnum non perit, qui Regis hæreditatem repudiauit.

Recuperans hæreditatem semel repudiatam, recuperat etiam emphyteusim.

29 *Testa-*

29 Testamento aliquo modo infirmato, nominatio corruit, & ab intestato succedendi defertur per Ordin. lib. 4. tit. 62. §. 3.

30 Ad nominationis validitatem non exigitur domini directi consensus.

31 Plures nominare, seu eligere ad emphyteusim emphyteuta non potest.

Incertitudo vitiat.

32 Vnica tantum persona, & non plures nominari possunt.

Interpret. Ordin. lib. 4. tit. 62 §. 1.

33 Emphyteuta Cæsaris in tres partes diuisam pensionem soluere potest, non inferiorum. Censui præstatio diuisim solui potest.

34 Fallit, si eorum aliquis doceat, de se sensisse defunctum, eumque nominare voluisse.

35 Fallit, si eorum alter viuo testatore moriatur.

36 Interp l. qui soluendo 42. ff. de hæred. inst.

37 Quid si testator cum duos Titios haberet æquali amicitia coniunctos simpliciter Titium hæredem scripsit, vel ad emphyteusim nominauit.

38 Quid, si emphyteuta duos, vel plures hæredes scripsit nomine proprio vocatos non collectiuo. veluti cum dixit, fratres meos hæredes instituo, vel ad emphyteusim nomino.

Primo nominatus præualet, quia magis dilectus.

39 Interpret. l. Qui soluendo 60 ff de hæredi instit.

40 Actus peccans in forma adeo nullus est, vt nec valeat eo modo, quo valere potest.

41 Translatio pensionis annuæ, ab eo facta, qui auctoritate apostolica habeat facultatem transferendi vsque ad 100. aureos primo nominatis tantum prodest, non nouissimis.

Beneficiales causæ regulantur ab vltimis voluntatibus.

42 Pensionem transferendi potestatem habent milites sancti Georgij, qui in articulo mortis possunt pensiones transferre.

43 Amicitia, & sanguinis coniunctio, consideranda est, ad prælationem concurrentium. Diligentior est preferendus.

44 Primo nominatus est preferendus, quia magis dilectus, licet secundo loco nominatus sit consanguineus.

45 Sanguinis prærogatiua, præfertur ordo literæ.

46 Alia opinio, quod omnes debent concurrere.

47 Legatum speciei non minuitur per concursum.

48 Amicitia, & sanguinis prærogatiuam vincit ordo literæ.

Amicitia, & sanguinis coniunctio excludit incertitudinem personæ.

Sufficit in hac materia quæuis coniectura, si cui plus legauit, aut nomine proprio vocauit.

49 Vrbanus Pontifex maximus iussit Franciscanis, vt tres sui ordinis fratres nominarent ad Cardinalatum, & cum in circulum describerentur nomina, ne cognosci posset, quis foret prior, nullum nominatorum elegit.

50 Alternatiua nominatio nulla, quia incerta.

Alternatiua inter personas honoratas resoluitur in coniunctam.

51 Alternatiuæ dictiones quæ sint.

Alternatiuarum sex sunt species.

Alternatiua ordinis quæ sit.

52 In alternatiuis cessat electio, quando constat de mente loquentis, quod voluerit ordinem scripturæ obseruari.

In alternatiuis contractibus, electio est debitoris.

53 Fallit, quando altera tantum res, est in obligatione, altera in solutione, vt melius caueatur creditori, quoniam hic dicitur adiecta in fauorem creditoris. Promittens mihi centum soluere in festo Paschatis aut idoneum pignus tradere, debitor adueniente die soluere compelletur, nec me inuito pignus præstabit, sed contra nu. 64. defensa communis, nume. 65.

54 Iaso. Decim, & Ripa, contra communem.

55 Electio cessat, quando alterum est in solutione, alterum vero pro tutiori cautione adiectum.

Electio solum conceditur, quando altero præstito, alterius obligatio extinguitur, veluti si quis promisit Stichum, aut Pamphylum, nam præstando Stichum liberatur a Pamphyli præstatione.

Condemnatus soluere non liberatur, si satisdare sit paratus, verior opinio Iasonis, contra communem.

56 Stante clausula, in contractu emphyteutico, quod emphyteuta soluat vnum par capponum, aut centussem pro illis, electio est emphyteutæ, & nō domini.

57 Quando verba diriguntur, ad reum, siue simus in contractibus, siue in legatis semper electio est debitoris & nu 60. in fin.

58 Feudatarius tenetur domino ad tria alternatiue, in quibus domini est electio.

59 Dominus, & vasallus mutuis officiis certare debent.

61 In beneficiis & gratiis alternatiuis electio est eius cui fit gratia, quod non modo procedit in gratia, facta motu proprio, sed ad partis instantiam.

62 In legatis alternatiuis legatarij, non hæredis est electio.

63 Interpretata lex Titio vsumfructum 21. ff. de vsufruct. lega. & n 66.

64 Interpretata l. Lutio Titio. ff. de lega. 2. & num. 77. & 78.

65 Quod in legatis alternatiuis hæredis non legatarij, sit electio.

66 Interpretata lex, si quando 12. §. fin. ff. de lega. 1. & n. 67 68. & 69.

70 Interpretata l. si ex toto 8. §. fi. ff de lega. 1.

71 Interpretata l. Cum res 49. §. sed si Stichum ff. de leg. 1. & n. 72. 73 74. 75. 76.

77 In legato generali electio est hæredis

79 Interpretata lex. Si is cui ff. de lega. 2.

80 Alternatiua posita inter speciem, & speciem, inter quas possit diuersa affectio constitui suum operatur effectum, secus si inter res consistentes pondere, numero, vel mensura collocetur.

81 Soluere maiorem summam nequit, qui nec donare.

In pœnis alternatiue impositis, electio iudicis est non rei.

82 Alternatiua apposita, inter genus, & speciem, amittit naturam suam, & exponitur pro, id est aliquando resoluitur in coniunctam quando apponitur inter personas honoratas. Potestas eligendi trāsit ad hæredes.

83 Semel quis potest eligere, non pluries, quia variare non licet. Item is cui simpliciter ex testamento nominandi, seu eligendi, secundam, vel tertiam personā, concessa potestas est, nulla facta mortis mentione, semel nominans, amplius nominare non potest, nec variare, secus si in contractu eligendi potestas sit concessa.

84 Interpretata Ordinatio Regia, lib. 4. titu. 63. §. 1.

85 Alternatiua alia est, quæ conceditur ordinariis collatoribus.

QVÆSTIO X.

1 VLterius † legem Regiam *d. tit. 62. in princ. lib. 4.* ita hactenus exornatã tu amplia, & intellige, non modo procedere, quando emphyteuta in scriptis testamentum fecit, verum etiam nuncupatiue, quoniam & hoc casu vere testatus est, & ab eo institutus verus hæres est, quare illi negari emphyteusis non potest, quemadmodum nec negatur *l. si. C. de edicto diui Adria. beneficium, quod ibi adnotarunt post gl. Bart. nu. 17. Alex. 21. & Ias. 22. Decius 39. Curt. 64. Sapia. 82. Zuch. 193. & 346.* firmans communem, & Menoch. *lib. de adipisc. poss. remedio. 4. nu. 91. cum seq.* Quod esse verum intellige, siue huiusmodi testamentum sit a notario scriptis mandatum, vt plerumq; fit, siue etiam verbo tenus coram testibus enunciatum, & deinde testibus in forma iuris examinatis, in scriptis redactum, *ex Bart. d. n. 17. in fine, Bal. ibidem n. 40. Alex 21. qui alios refert, Corn. 25. Zuchar. 346. vers. fallit 2. Feli. in c. sicut, nu. 4. de re iudi. Tiraq. de retra. ligna. §. 1 gl 1. n. 14. Neuiza. consil. 264. Meno. d. remed. 4. n. 96.*

2 Amplia † 2. in legatario, cui defunctus testamento, aut etiam codicillis emphyteusim nominatim legauit, nã eo ipso nominare visus est, habet. n. legatũ vim electionis, seu nominationis, vt Iureconsulto placuit *in l. vnum ex familia. 69. §. sed si fundũ, ff. de leg. 2.* ibi, *sed si fundũ hæres vni de familia reliquerit.* titulo scilicet, legati, *vt ibidẽ Flori. & Paul exponũt.* habet enim is titulus vim electionis, *vt ibidẽ Bar. post pr. obseruauit:* & est bonus casus *in l. 1. §. sciendum ff. de leg. 3. probat Cynus in l. 4. C. de contrah. stipula.* Gonçalus Valascus *d. l. vnũ ex familia*, relegens hanc sententiam vtiq; probauit *in prin. & in §. si duos, post Bart.* ibi, ponderans tex. ibi, *in princ.* dum dicit, *& ei quẽ elegit frustra testamẽto suo legat.* quibus verbis docemur, oppositũ fore respondendũ, si antequã eligat, ille leget, habebit enim tunc tẽporis legatũ vim nominationis, quæ cessat, quãdo ille prius elegit, in qua specie frustra legatur, quia emphyteusis ex dominica cõcessione cœpit nominato deberi, *d. l. vnũ ex familia. §. 1. ff. de leg 2.* Quare cum iam aliunde illi sit ius quæsitũ, frustra inquit Iureconsultus eidẽ amplius legatur, quemadmodũ contingit in eo qui creditori suo debitũ legat, *l. si creditori 28. ff de leg. 1. l. Mauius, in pr. vers. debitor de leg. 2. l. si debitor creditori, vers. item quæsitum ff. de lib legata l. 1. §. si quis creditoris ff. ad l. falci. & §. si quis creditori, inst. de leg.* Is enim nihil agit, *vt in d. iuribus habetur.* Quorũ argumento *in d. l. vnum ex familia.* Iuriscõsultus respondet, frustra rẽ legasse, vni de familia restituere rogatũ, postquã prius elegit, quo casu necessaria noua electio nõ est, & consequenter frustra factũ est legatũ, eius rei, quæ ex primi testatoris vocatione, legatario debita est, & hoc profecto est, quod eo loco Iurisconsultus ait, *frustra testamento legat, quod posteaquam electus est, ex alio testamẽto petere potest.* Quæ sine dubio ratio conuincit contrarium fore respondendũ, quãdo grauatus legauit, antequã elegisset: *vt ibi omnes intelligunt:* Quare merito Gonçalus Valascus noster illũ tex. ad emphyteuticã nominationem applicauit, intelligens legatum rei emphyteuticæ prodesse ei, qui aliter non fuit ab emphyteuta nominatus, & ad eam emphyteusim electus.

3 Nam † postquam ille nominatus est, ex dominica concessione petere emphyteusim potest, vt eadem *l. vnum ex familia §. 1.* probatur, & planius *in l. item eorum §. si decuriones ff. quod cuiusque vniuersi nomi.* vbi a duumviris electus, quibus populus electionis vicem commiserat, ab ipso populo electus esse censetur, bonus tex. *in l. municipibus, ff. de cond. & demonstra. gloss. rubricæ C. quæ sit longa consuetudo.* tradunt scribentes *in d. §. 1. l. vnum ex familia.* Quoties igitur emphyteuta me aliter non nominauit, legans emphyteusim nominare censetur, per supra scripta, & per Paulum *in d. l. vnum ex familia, §. itaq; n 3.* quo sine dubio iure vtimur. Ex quib. pulchra deducitur etiam limitatio ad d. l. Reg. *lib. 4. tit. 62. in princip.* quatenus hæredi scripto emphyteusim concedit, quasi nominato, vt non procedat si alii eandem emphyteusim defunctus legauit, quoniam eam legatarius potius obtinebit: quia nominatus & electus est, quod ex d. l. Regia palam deducitur, ibi, *Nano nomeando outra pessoa ao dito foro.* Secus ergo si nominauit alium, quod etiam indubitatum est.

Infertur † etiam posse recte emphyteusim ab emphyteuta legari absq; vllo domini directi consensu, & auctoritate, quemadmodum, & sine ea potest quispiam nominari. Eo enim ipso, quod conceditur testamento posse emphyteusim legari, dominica auctoritas submouetur, quia testamenti potestas ab alieno arbitrio minime pendere potest, de qua re latius tractabimus inferius. 4

Sed † quæro, *emphyteuta me reuocabiliter tamen inter viuos nominauit iuxta formam l. Reg. li. 4. tit. 63. deinde eandem emphyteusim mihi legauit, qui deinde primam in meum fauorem factã nominationem reuocauit, nec de emphyteusi aliter disposuit, modo exoritur inter me, & hæredem emphyteutæ controuersia magna, quam ego in foro non semel vidi agitatam. Contendebam ego emphyteusim mihi adiudicãdã ex legati causa, quia illud reuocatum non fuit: Hæres vero contrarium asserebat, sibi emphyteusim concedendam, quid respondendum? aut quis iustiorem causam tuetur?* Ego in fauorem hæredis respondi, ex verbis legis *d. l. vnum ex familia, in princ.* dicentis frustra mihi emphyteusim legasse, qui me iam prius nominauerat: siquidem ex priore nominatione ex dominica concessione emphyteusim capere poteram: Quibus verbis omnes intelligunt, nullius roboris, & momẽti legatum esse. Id enim illa dictio, *frustra*, denotat, *vt Aret. & Ias. tradidere in l. verbis ciuilibus ff. de vulg. Peralt. d. l. vnũ ex famil. in pr. post n. 16 & in §. 1. col. 3. post. pr.* Qua ratione licet postea, per reuocationem prioris nominationis deuentum sit ad casum, a quo illa secunda per viam legati incipere potuit. Nihilominus tamen, quia nullum, a principio ipso iure factum est, conualescere non potest, *vt habetur in l. quod ab initio, de regu. iur. & in c. non firmatur eod. tit. lib. 6.* Quocirca cum illa nominatio sub legato contenta, non conualescat, in hoc maxime casu, in quo reuocatio prioris nominationis inducta ad diminutionem, nequit operari augmentum, & consequenter legati nulliter relicti validitatem, ex regula *l. legata inutiliter ff. de adimen. lega.* vtique sine scrupulo defenditur hæredis causa, illi fore concedendam emphyteusim. quod ita semel obtinuimus, & limitauimus, nisi antequam testamentum faceret emphyteuta dictam primam nominationẽ reuocauerit, quoniã tunc semel reuocata impedimento secundæ esse non potest, ex regula, 5

non

non præstat, de reg. iur. de qua agit Feli. *in c. ex tenore de rescript.* Ceterum si concurrat alter, quem post factum testamentum emphyteuta nominauit, vtique præualebit, quia reuocatum legatũ videtur, & consequenter eius causa nominatio facta, ex regula *l. 3. C. de lega cum ibi adnotatis, & in l. rem legatam. ff. de adim. lega.*

6 Circa † præmissa etiam vtilis sese offert & celebris in praxi, quæstio. Emphyteuta cum me hæredem scripsisset, spurio cuidam, vel alias incapaci ecclesiasticam emphyteusim legauit: cui petenti emphyteusim, ego incapacitatis exceptionem obiiciebam, quod illam capere non poterat, ex communi scribentium traditione *in l. generaliter. § cum autem, C. de instit. & substitut.* Ille quoad me liberas, se ædes habere dicebat, quasi illa exceptio, ad dominum magis directum, quam ad me pertineat. Denique me hæredem in iustam causam fouere vtique persuadetur, si considetes in hac specie cessare l. Regiæ mentem & rationem, quam supra tradidimus, hæredem institutum, ideo emphyteusim obtenturum, quia sub eo titulo generali hæreditatis censetur etiam nominatus: quæ proculdubio ratio cessat, quando testator alii emphyteusim legauit, quia tunc expressa illa nominatio facit, cessare tacitam. Respectu enim emphyteusis legatæ, multo plus ille legatarium, quã hæredem dilexit. *l. si quis eum, in fine. ff. de condi. & demonstra.* Qua ratione Barto. lib. minoricarum, resoluit illis monachis omnino incapacibus relicta, ecclesiæ Romanæ tradenda, non penes hæredem relinquenda esse, quare hoc idem in emphyteusi, de qua agimus respondendum videtur, vt penes hæredem manere illa non debeat, quando alium defunctus nominauit. Cessat enim tacita illa nominatio, ius hæredi tribuens, qua cessante, conquiescere l. Reg. dispositio debet, *ex vulga. reg. c. cum cessante. de appella.* Quamobrem ego aliquando in fauorem domini directi huiusmodi emphyteusim extinctam: aliquando vero, quia ille se causæ non opposuit, nominato quantumuis spurio & incapaci adiudicandam, hæredemque repellendum consului, quasi sine actione agentem, & ad se non pertinentia obiicientem, illi enim magis defuncto morem gerere, quam eius dispositionem oppugnare, iuri magis consentaneum est.

7 Porro † in fauorem hæredis, aliquando etiam consului, quando is cui legata est emphyteusis, post mortem defuncti testatoris, illam repudians, legato cessit, nolle se illud habere declarans, quo casu pro non scripto legatum habet, *l. si tibi, 48. §. cum seruus. ff. de leg. 1.* ibi, *Nam si legatarius a se repulerit legatum nunquam eius fuisse videbitur*, tradit Peralta *in d. l. vnum ex familia. § si vno n. 2. ff de leg. 2. post Cumma.* resoluens penes hæredem mansuram emphyteusim ex illa generali nominatione sub titulo hæreditatis inclusa, quæ in suo robore manet, quia legatum pro non scripto habetur, *vt d. § cum seruus probatur, & tradit Mencha. lib. qq. foren. cap 64. nu. 6. 8. & 10.* & est bonus tex. de hoc in l. *Legatarius. § fin ff. de leg. 1.* in hæc verba, *si legatum nobis relictum constituerimus, nolle ad nos peruenire, pro eo erit, quasi ne legatum, quidem nobis sit:* quo fit, vt hæreditas, quæ suis hæredibus ipso iure defertur, *per l. in suis ff. de liberis & posthu. § sui, instit. de hæredum quali.* si tamen contingat eos se abstinere, ea nunquam illis quæsita esse videatur, *tex. in l. Nam nec emancipatus. ff. de leg. 1.* & ita intelligitur regula, *l. a Titio ff. de furtis*, nisi legatum repudietur. Sic etiam procedunt, quæ tractantur *in l. 2. & 3. C. de iure emphyteutico.* licet enim verum sit, ex causis de quibus ibi, ipso iure extingui emphyteusim per consolidationem vtilis dominii, cum directo, nihilominus tamen si dominus eam iuris consolidationem repudiet, intactum, atq; illæsum manet vtile dominium, & ius emphyteutæ, quasi commissi noxa nunquam contigisse videatur, *vt in d. cap. 64. Mencha. tradit, & nos infra suo loco tractabimus.* Quare non est mirum, si idem resoluamus, in emphyteusi legata, vt penes hæredem maneat, si a legatario repudietur.

Quod † idem etiam, obseruandum censeo, vbi 8 emphyteuta, quendam iam mortuum, tempore testamenti nominauit, seu emphyteusim legauit, aut ille ante emphyteutam mortem obiit, vel etiam post mortem, pendente tamen conditione legati, quibus casibus, dispositio ad caduci causam reducitur, per quam emphyteutica nominatio, pro non scripta habetur, *vt in l. Vnica. § sed cum triplici, C. de cadu. tollen.* Nec minus idem obseruari debet, quando prorsus incapaci, seu fratri Minorum, fuit emphyteusis legata, vel ante mortem testatoris, eam incapacitatem incurrit, in qua specie, etiam emphyteusim hæres obtinebit, ex auctoritate Anchar. Ange Bal. & Petri, quorum meminit Barba. *in c. nos quidem, de testam. numer. 44.* qui aduersus Bar. lib. Minori. resoluunt legatum fratri Minorum factum, & sic omnino incapaci, penes hæredem manere, non ad Romanam ecclesiam pertinere.

Quod † autem diximus, capacem emphyteuticæ concessionis, oportere esse legatarium, vt hæredem excludat, & hoc in ipsomet hærede, similiter obtinet, qui si incapax est, eiusdem emphyteusis, locum directo domino faciet, *vt supra num. 25. adnotauimus.* Sed quæro, *emphyteusis institutus hæres, capax est, hæreditatis vero incapax, obtinebit, ne saltem emphyteusim?* In facto, cum semel hæc quæstio occurrisset, non defuere, qui hæredi adiudicandam emphyteusim intellexere, ex vulgata regula, quod in separabilibus vtile, per inutile non vitiatur. Ego consultus contrarium respondi, quia vt Alexand. admonuit *lib. 1 cons. 136 num 9.* institutus hæres, non consequitur emphyteusim, tanquam per se collatam, aut ab emphyteuta defuncto relictam, sed magis sub illo vniuersali hæreditatis nomine, sub qua scilicet vniuersali hæreditate, etiam emphyteusis continetur, quemadmodum & ius patronatus, & si quæ alia sunt similia. Inest enim, *vt Peralta adnotauit in l. Vnum ex familia. §. si vno, numer. 2. de lega. 2.* sub eo titulo institutionis quædam intrinseca electio, & nominatio, quæ simul, cum ipso titulo hæreditatis, necessario extinguitur, tanquam quid accessorium, & animatum corpus, seu qualitas, quæ sine ipso principali, seu anima vitam præstãte, stare non valet, secundum quam resolutionẽ obtinuimus, eo casu quo scriptus hæres, in genere, capax erat, tam respectu emphyteutæ, illum instituentis, quàm domini directi, cuius emphyteusim, ille etiam capere non poterat, intestabilis quidem factus, tam grauati, quam grauantis respectu. 9

10 Sed † modo fingamus casum. Contingit aliquando hæredem institutum, capere emphyteutæ hæreditatem, non posse, propter natalium defectum, vel quem similem, respectu tamen Domini directi, capacem esse, & ab eo recte hæredē institui potuisse, omissa emphyteutæ hæreditate, erit ne huic concedenda emphyteusis? Sane videtur respondendum, quod sic, ex regula *d. l. Vnū ex familia. §. ff. 1. de leg. 2.* vbi nominatus ad emphyteusim a domino directo magis, quam ab emphyteuta, qui illum nominauit, dicitur capere, & cōsequenter illi magis succedere. Quocirca cum domini respectu, ille capax sit, emphyteusim posse assequi, respondendum est. Negare enim non licet, ex ipsa hæredis institutione, colligi emphyteutæ voluntatem, quod voluerit hæredem scriptum nominare, vt ex *dict. l. Vnum ex familia*, plane deducitur, & resoluimus *supra q. 7.* quæ voluntas collecta, ex actu etiam nullo sufficit & nominationem producere valet, ex his quæ habentur *in l. fin. ff. de rebus eorum, & tradit Bartol. in l. Gerit. ff. de acq. hæred. & ibi Areti. & in l. Qui Romæ. §. cohæredes. ff. de verborum oblig.* Conuenit gloss. quam ibi commēdant Areti. & alij *in l. 1. §. fin. ff. de vulgari*, intelligens quod super institutione nulla potest fundari substitutio, quæ sine institutione fieri non potest, secundum communem scribentium sententiam *in l. Gallus. ff. de lib. & posthum. & in l. 1. ff. de vulga.* quibus motus Lusitanus noster Gonçalus Valascus illustris, sua tempestate, doctor, in priuatis scriptis, hanc sententiam probauit, quam rationi, & æquitati, consentaneam esse censuit.

11 Inferens † proinde, se aliquando in facto obtinuisse, securitatem delinquenti a principe concessam, nulliter, id est, non obseruata chancellariæ, solita solemnitate, obseruandam esse, quia ex eo actu etiam nullo constat de principis voluntate, quæ tanquam lapis angularis, firma manere debet, iuxta illud, *quod scripsi, scripsi*, tradit Baptista *in l. Omnes populi. ff. de iustitia & iure.* Ego tamen tam eximii iureconsulti (qualis ille suo seculo fuit) sententiæ vix accedere possum quia vt supra proxime aduertimus, hæc emphyteutica nominatio, sub illo titulo, vniuersali hæreditatis, continetur, quo caduco facto, aut prorsus nullo reddito, & euerso, sine difficultate, cessat nominandi voluntas, quæ inuoluta, sub eo titulo hæreditatis, euanescit: cui sententię maximum argumentum pręstat, l. Reg. *lib. 4. tit. 63. §. 3.* vbi in testamento factā nominationem, nullam, & inanem ea lex Regia censet, irrito facto, & infirmato testamento, ibi, *ou o dito testamento fosse per dereito per algun modo auido por nenhun*, quæ dispositio ex ratione supra scripta procedit, & ita non semel vidimus in praxi obseruatum.

12 Ex † his illud notabiliter deducitur, deportatum, nominari ad emphyteusim non posse quoniam eorum, quæ sunt iuris ciuilis, prorsus est incapax, quia solum retinet ea, quæ iuris sunt gentium, *vt iam supra adnotauimus q. 5 nu. 13. & 14. cum seq. habetur in l. Si mandauero tibi. §. is cuius bona, & ibi Bar. & DD. ff. manda. Bar. Paul. & Ias. in l. fin. C. si contra ius vel vtili. pub. Feli. in c. cum omnes, de constit. col. 1.* Arqui contractum hunc emphyteuticum iuris ciuilis esse, nemo ambigit *tex. in §. adeo, Inst. locati, gl. in §. ius autem, Inst. de iure naturali, l. Ex hoc iure. ff. de iustitia & iure, tradit cum communi Valascus lib. de iure emphyt. q. 3. nu. 7. cum seq.* Quocirca illius incapax, censendus est deportatus, quemadmodum est, & ceterorū omnium, quæ iuris ciuilis sunt. Sed contrarium verius est, & in nominato obseruādum, qui licet, incapax contractus emphyteutici, quem a principio acquirere non potest, nihilominus acquisitum per alium, virtute nominationis obtinebit, quia dominium acquisitum, iuris gentium est, licet modus acquirendi, sit ciuilis, *Alex. in l. Cum hæredes. ff. de acq. poss.* Iuuat ea consideratio, quia in his concessionibus emphyteuticis, plures dicuntur concessiones inesse, quarum prima, primum accipientem respicit, secunda, secundum, tertia vero, tertium nominatum. Tot enim dicuntur factę concessiones, quot sunt personæ, quas percurrere emphyteusis debet, ex regula *leg. scire debemus. ff. de verborum obliga.* quæ omnes concessiones, per se ipsas considerari, manifestissimum est, in personæ cuiusque emphyteutæ, quem dicimus a domino directo, non a nominante capere, *d. l. Vnum ex familia. §. 1. ff de leg. 2.* Quapropter quemadmodum deportato, a principio nequit, a domino emphyteusis cōcedi, quia iuris ciuilis est, ita neque a primo, vel secundo emphyteuta nominari potest, vt emphyteuta fiat, licet nominandi potestatem, quia facti est, acquirere de nouo ille possit, quod vtilissimum est in praxi.

Ampliatur † tertio d. l. Reg. *lib. 4. tit. 62. in prin.* 13
quatenus emphyteusim hæredi scripto concedit, vt procedat etiam in hærede penitus extraneo, quod ex generalitate d. l. Regię, palam deducitur, & ex §. 1. *eiusdem tituli*, quæ sententia comprobatur, per *l. 4. C. de contrah. stipula.* & Pinellum *in l. 2. C. de bon. mater. nu. 11 cum aliis quæ diximus q. 7 nume. 46.* Quod in emphyteusi profana, sine dubio recipiendum est. In ecclesiastica vero oppositum facile defendi potest, ex eo quia *dict. l. Regia* loquitur in concessione, sub conditione facta, *pro eo quem emphyteuta nominabit*, id est, *si nominabit*, quæ in forma specifica, debet adimpleri, & sic in vera nominatione, non interpretatiua, qualis est ista, quæ per hæredis institutionem inducitur. Tū etiam, quia ecclesiastica emphyteusis, ad hæredes, non potest transire extraneos, text. *in §. emphyteusim, in Auth. de non alienan. colla. 2.* qui canonizatus est, *teste Areti. in c. in præsentia n. 61. de proba. vbi Decius n. 48. versic. sit ergo conclusio, tradit Bal. in l. 2. C. de suis & legiti. hæred. & in l. Etiam ff. solu. matrimonio, vbi latius Alex. & cons. 9. lib. 2. & cons. 189. num. 1. & ibi additio eod. vol. Corneus lib. 2. cons. 165 lit. g. idem Alexand. lib. 1 cons. 80. num. 12.* vbi hanc dixit esse communem, *& cons. 23. n. 10. lib. 1. rursus & lib. 4. cons. 84. tradit & Affli. q. 100 Alex. in l. Ex facto §. si quis ita n. 5 ff ad Treb. Affli. in c. de succes. feud. n. 136. quod fusius infra super. §. fi. l. Reg. lib. 4. titul. 62. adnotabimus.* Qua ratione, quia lex ciuilis, & sic Regia *d. lib. 4. titu. 62. in prin.* ligare ecclesiam non potest, vt resoluunt omnes *in c. ecclesia S. M. de consti.* resoluentes, idem esse obseruandum, circa bona ecclesiastica, quæ similiter exempta sunt a temporali iurisdictione, & potestate, etiam quoad vtile eorum dominium, vt tradit Curt. seni. *cons. 61. ante nu. 3. Iulius Clarus lib. 4. sententiarum §. emphyteusis q. 48. Gratus lib. 1. cons. 110. nu. 36.* sine dubio resoluendum videtur, d. l. Regiam, quatenus extraneo hæredi instituto, tanquam a defuncto nominato, em-

emphyteusim concedit, ad profanam emphyteusim, restringendam esse, nec ecclesiasticam, cōprehendat. Nocet enim hoc casu ecclesiæ, d. l. Regiæ dispositio, extraneum admittens hæredem contra ipsiusmet ecclesiæ concedentis intentionem, & vtilitatem: Quoniam emphyteusim, potest extinctam prætendere, & consequenter vtile dominium, cum directo consolidatum esse. Quare minime obstat eorum sententia, qui firmant loquentem eisdem, & si non constringat ecclesiam, nec eius bona: ligare tamen facile posse vtile dominium, laicis concessum, cum disceptatur de illius successione. Procedit enim hæc resolutio, *vt sup. q. 7. n. 23. diximus*, quando inter laicos tantum quæstio vertitur, cui magis sit adiudicanda emphyteusis, quam extinctam non esse ecclesia non dubitat, nec sua magis interest hunc, quam illum habere: non sic quando prætendit extinctam esse, aut enim, qui illam petit, capacem non esse, aut in concessione non inclusum obiicit, vt contingit in casu quem tractamus, de extraneo hærede.

24 Quibus † tamen non obstantibus in casu d. l. Regiæ, oppositum semper obseruandum censui, idque praxis sine difficultate, in vtroque foro probat. Loquitur enim d. l. Regia, in concessione facta, *pro eo quem nominabo*, seu, *cui dedero*: quæ extraneos comprehēdit hæredes, ex generalitate verborum, quæ apta sunt emphyteusim, etiam extraneis deferre, vt nominatim resoluit Curtius iuni. *conf. 4. col. 2. in prin. firmans communem & conf. 130. n. 2. Paris lib. 4. conf. 85. n. 14. Afflic. in c. donare, qualiter poterat olim n. 15. & in c. feudum, n. 1. si de feudo, Couar. lib. 2. resolu. c. 17. col. antepe. Iulius Clarus lib. 4. verbo, emphyteusis, q. 28. n. 15. & 17. cum seq. Rolan. conf. 42. nu. 10. cum seq. lib. 1. & conf. 96. n. 34. eod. lib.* qui firmat communem, *Rubeus conf. 110. in pr.* qui omnes extraneo hæredi emphyteusim ecclesiasticam, sine dubio cōcedunt, quando illa fuit concessa mihi, & pro eo cui dedero. Quod maxime admittendum est, vbi præcedente debita iuris solemnitate, concessa emphyteusis fuit, quoniam eo casu intelligunt, non procedere textum in d. §. emphyteusim, posseque ad quoscunque etiam extraneos emphyteusim transire, quia posset l[i]bere præcedente solemnitate alienari, etiam respectu directi domini, *Parisius lib. 4. conf. 85. n. 17. cum seq. Cur. iun. conf. 130. n. 1. addi. Alex. lib. 2. conf. 189. n. 15. Cur. etiam iun. conf. 4. in prin. & Affli. q. 100. Iulius Clarus d. q. 28. a n. 8. Alex. lib. 2. conf. 183. n. 15. & ibi additio & n. seq.* & ante n. 20. firmant communem. Nos tamen hanc traditionem non probamus, quia præsupponit sine solemnitate, ecclesiam posse emphyteusim in tertiam generationem, seu trium personarum, vitam concedere, quod minime iuris Canonici præceptis conuenit. Quo argumento merito quidem Curti. iuni. *conf. 130.* hanc resolutionem irridet. Ceterum, quoad casum, quem modo tractamus, sufficere sane debet, concessionem, *pro eo cui dedero, seu quē nominabo*, includere extraneum, quem licebit nominare, *vt etiam vltra iam citatos, tradit Decius conf. 171.* & est communis *secundum Cur. d. conf. 130. n. 2. & lib. feudorū. in 2. par. 4. p. n. 64. probat. & Iaf. in l. Gallus §. etiā si parente, n. 29. ff. de lib. & posth.* firmās cōmunē.

25 Attende † tamen, quia loquitur in concessione facta, *pro cuicunq. dedero*, quę multo latius patet, *vt tradit Tiraq. de retra. §. 1. gl. 7. n. 2. Natta in c. quamuis pactum, col. 75. in medio de pactis in 6. Ripa in l. Ex facto. §. si. n. 16. ff. ad Treb. Couar. lib. 2. resol. c. 17. col. antepe. Socinus lib. 1. conf. 19. n. 4. Curtius de feudis 2. par. 3. par. n. 62. Parisi lib. 4. conf. 84. n. 6.* ex quibus absq; vlla difficultate l. Reg *dict. tit. 62. lib. 4. in prin.* etiam in emphyteusi ecclesiastica intelligenda est, quam non minus, quam profanam, hæres iostitutus obtinebit, *per supra dicta*: & hoc iure vtimur, tam in profano, quam ecclesiastico foro.

Ex † quibus grauiter eos errare censeo, qui existimant, emphyteusim concessam, *pro eo, quem nominabo*, nec ad vitam delinquentis confiscari posse, ea ratione, quia emphyteusis ecclesiastica, ad hæredes extraneos, non transit: quare ad fiscum transire, minime potest, qui ea tantum capit, quæ ad extraneos hæredes, possunt transire. Sed fallax hoc argumentum est, in casu propositæ consultationis, in quo fuit emphyteusis concessa, *pro eo, quem nominabo*, & sic extraneo, secundum supra scripta. Ceterum ego eam sententiam, longe diuersa ratione, & argumento probabilem, reddi posse existimabam, considerabamque eam communem opinionem (quæ habet concessionem, factam in fauorem eius: *cui dedero*, vel *quem nominabo*, extraneum includere) intelligendam esse, nisi adiiciatur clausula, *quod irrequisito domino, & inconsulto, alienari emphyteusis non possit*, vt notabiliter resoluit Decius *conf. 171. & latius Curtius iunior conf. 130. n. 6. & 7.* Quocirca, quia hodie nulla prorsus in his regnis reperietur concessio, in qua huiusmodi clausula, non inseratur, procul dubio videtur respondendum, cessare dictam communem traditionem, & consequenter legem nostram Regiam *d. tit. 62. in pr. lib. 4.* ad profanam emphyteusim, restringendam esse, non ad ecclesiasticam extendendam, & consequenter, nec hanc fiscum capere posse. Nisi dixeris, in his regnis, illam clausulā, solum respicere alienationes onerosas venditionis, & similes, quę citra domini directi cōsensum, fieri non possunt, propter prælationis ius, laudemii exactionis, quod dominus habet, *iuxta tradita in l. fi. C. de iure emphy.* Sed contrarium obtinet in alienatione gratiosa, quę fit per viam nominationis, legati, aut institutionis, quæ domini directi consensum, minime exigit, nec sub ea clausula, & alienandi prohibitione continetur. Recte igitur defendit, communis horum regnorum vsus, & praxis obseruans d. l. Regiam *lib. 4. tit. 62. in prin.* nō minus in ecclesiastica, quam profana emphyteusi esse intelligendam. 16

Porro, † vbi ab ecclesia, emphyteusis concessa, simpliciter fuerit, remota d. clausula generali, *pro eo cui dedero, seu, quem nominabis*, respondendum est d. l. Regiam *lib. 4. tit. 62. in pr.* non procedere, ex defectu intentionis concedentis, qui noluit emphyteusim, ad extraneum peruenire posse, & ex defectu etiam potestatis legislatoris, qui disponere super bonis ecclesiasticis, quicquam non potuit, vt habetur *in c. ecclesia S. M. de constit.* quamuis ea dispositio vtile tantum dominium respiciat, vt probat Cur. senior *conf. 61. ante n. 3.* qui intelligendus est, vbi ea dispositio, est ecclesiæ noxia quemadmodum contingit in casu nostro, in quo, contra illius concessionem, & voluntatem, contēdit extraneus emphyteusim capere, & extinctā non esse. Ita Alex. *lib. 2. conf. 189. ante numo. 20.* Diximus, 17

simpliciter vbi emphyteusis fuerit concessa, &c. quia in dubio, nisi verba aliud postulent, emphyteusis ecclesiastica, semper videtur concessa pro filijs accipientis, licet eorum nulla sit facta mentio, non pro extraneis *vt habetur in §. emphyteusim, in Auth. de non alien. a 1. Bal. in c. fin. nu. 2. de feudo dato in vicem leg. Commiss. Specula. titu. de locato, col. 2. versic. & in tertio. Imola in l. Quod dicitur, n. 8. ff. de verb. oblig. Ias. in l. Certi condictio §. si nummos, num. 17. ff. si cer. peta. & in l. 2. num. 160. C. de iure emphy. Couar. lib. 2. resolu. c. 17. num. fin. prope finem. Balb. de praescrip. 1. par. 3. q. 10. num. 35. Hippo. Singu. 425. & 429. Rubeus cons. 18. num. 13. Goza. cons. 39. num. 14. tradit Corneus lib. 2. cons. 173. lit. c.* vbi idem intelligit obseruandum, & si hæredes non sint, nisi aliquæ concurrant in oppositum coniecturæ, *vt ibidem tradit lit. L. cum seq.*

18 Nec † mirum, quia feuda concessa pro hæredibus, restringuntur ad descendentes, *Bal. in proœmio feudorum nu. 25. & ibidem in tit. 1. § 1. & §. quia, ante num. 4. Prepo. latim in c. 1. an agnatus, num. 4. cum seq.* idem in emphyteusi ecclesiastica, probat Alex. *lib. 2. cons. 189. in prin. & ibi additio. Ad descendentes, diximus*, vt excludamus collaterales, *ex Corneo lib. 2. cons. 76.* Cum itaque ecclesia, concessionem suam restringat, ad descendentes tantum accipientis emphyteusim, quo illa citius extinguatur, & ad ecclesiam per consolidationem, vtile dominium reuertatur, vtique nulla iuris ratio patitur, potuisse legem Regiam, extraneos ad eam concessionem admittere, quos concessionis lex excludit. Siquidem nihil magis, quam pacta, & conuentiones, in his concessionibus adiecta, obseruari conuenit, *l. 1. & 2. C. de iure emphyt.* Est ergo d. l. Regia sane intelligenda in terminis, in quibus loquitur, & sic quando emphyteusis fuit concessa, verbis generalibus, aptis comprehendere extraneos, qualia sunt illa, *concedimus tibi, & ei cui dederis*, seu quem nominabis, non sic si simpliciter ecclesia emphyteusim concessit, pro filiis, vel etiam in tertiam generationem, rursus vel ad vitam trium eligendarum personarum, quia huiusmodi concessiones, ab ecclesia factæ, extraneos non includunt. Imo & concessio pro hæredibus, ab ecclesia facta, ad descendentes restringitur, ne ad extraneos emphyteusis perueniat, vt in feudali concessione *supra* proxime adnotauimus, & nominatim in emphyteusi, idem fore obseruandum, resoluit Ruinus *lib. 1. cons. 168. in prin. & cons. 162. nu. 31.* licet oppositum sit obseruandum in concessione profana, vt illemet probat *cons. 83. num. 6. eod. lib.* Vide semper Iulium Clarum *in lib. 4. verbo, emphyteusis, q. 28.* vbi addit; an idem sit obseruandum in concessione, ad centum annos facta.

19 Nec † mouere quempiam debet, quod post Anchar. Paulum, & Alex. scripsit Decius *in l. Ex conuentione, num. 9. C. de pactis*, resoluens notata *in c. ecclesia S. Mariæ, de const.* non procedere, quando quæstio est, super vtili dominio, ad laicos emphyteutas pertinente, quia tunc de iure laicorum, nõ ecclesiæ agitur, *vt explicat Anchar. cons. 433. col. 1.* qui planius loquitur, *& Paris. lib. 2. cons. 1. n. 146. & cons. 21. a n. 60.* vbi dixit communem, *& cons. 22. num. 85.* concordat Barba *lib. 1. cons. 14. col. fin. idem Decius in Auth. Cassa n. 9. C. de sacrosan. eccle. & Brunus lib. de statu exclu. fœminas, art. 8. qu. 22. fol. 60. vers. & prædictam communem, n. 106. cum seq. Valascus de iure emphyt. q. 17. num. 14.* Quæ communis traditio, obesse minime potest, si eam restringas, prout sane restringi debet, ad dispositionem, solum concernentem ius successiuum, ad laicos emphyteutas spectans, quemadmodum contingit, cum disceptatur, *an ille huic, hic vero an illi in consequenda emphyteusi præferri debeat*: In qua specie, lex ciuilis, vui magis, quam alii emphyteuticam successionem concedens, obseruari sane debet, etiam si emphyteusis sit ecclesiastica, quia illæso manente ecclesiæ iure, solum laicorum decidit controuersiam. Quare illa communis traditio, casui nostro applicari non potest, quoniam ecclesia contendit, excluso hærede extraneo, secundum formam concessionis, extinctam esse emphyteuticam concessionem, & consequenter, cum directo dominio consolidatam, quod minime obtinebit, si per d. l. Regiam, extraneus hæres emphyteusim capere potest. Non est ergo præfata Anchar. & sequacium resolutio, l. Reg. *d. tit. 62. in prin.* applicanda, quia obstat, ecclesiæ manifestum, & graue præiudicium, quod illi inferre ex defectu potestatis l. Regia, non valet. Erit tamen vtiliter quidem, obseruanda in casu l. Regiæ, *d. titul. 62. lib. 4. § 3.* vbi citra vllum ecclesiæ præiudicium, agitur duntaxat, de præferendo vno alteri, cum plures, eiusdem gradus concurrunt. Ibi, Deo propitio tractabimus.

Ampliatur † quarto d. l. Reg. *lib. 4. tit. 61. in prin.* 20 vt non modo procedat in ipsomet hærede instituto, verum etiam in eius hærede, iure transmissionis hæreditatem obtinente. Finge casum, plus millies in facto contingentem. Ego Titium hæredem institui, & consequenter ad emphyteusim, quam habebam, nominaui. Is antequam hæreditatem audiuisset, diem clausit extremum. Dominus directus vindicare emphyteusim, tanquam extinctam contendit. Hæres hæredis mei, ad quem iure transmissionis, hæreditas mea pertinet, contradicit, intelligens vniuersam hæreditatem ad se spectare, & consequenter, sub eo titulo generali hæreditatis, emphyteusim, contineri. Pulcher est profecto iste articulus, nec decisione facilis, pro cuius declaratione multa sese offerebant tractanda, in materia transmissionis hæreditatis, de qua agitur *in l. Vnica, C. de his qui ante apertas tabu.* Illud tamen prætermitti non potest, hæreditatem non aditam, ad hæredes non transmitti, perinde enim illa habetur, ac si defuncto delata non fuisset, *l. Si ex pluribus, in prin. ff. de suis & legiti. hered. l. Quoniam sororem, C. de iure delib. & l. Si infanti, versic. sin vero, eod. tit. l. Vna. §. in nouissimo, Cod. de cadu. tollen.* cuius rei illa, communis ratio est, quia hæreditas antequam agnoscatur, in bonis nostris non est. *l. Pretia rerum. ff. ad l. Falci. vbi Bar. & alii omnes communiter notant Bald. in l. 2. in fine, Cod. de iuris & facti igno.* Quocirca, transmitti ad hæredes non potest, in quos plus iuris, quam ipsi habemus, transferre iuris regula prohibet, *in l. Nemo plus. ff. de regu. iur. l. Traditio, in prin. ff. de acq. rerum dominio*, ita arguit Bal. *in d. l. Quoniam sororem, Cod. de iure delib. & in l. Ventre præterito, in fine ff. de acq. hæredi. DD. in l. Cum filio ff. de lega. 1. vbi Ias. n. 107.* cum aliis quæ tradit Gomez. *in 1. tomo cap. 9. in prin.*

Quæ † ratio cessat, in suis hæredibus, quibus 21 datur ex potentia suitatis, hæreditatis non agnitæ, ad hæredes transmissio, *l. apud hostes, C. de suis & legiti.*

legiti. hæredi. & ibi notant Cynus, Bart. & alii DD. communiter. & in l. Ventre præterito ff. de acquir. hæred. bonus tex *in l. Qui duos §. qui in bello ff. de rebus dubiis, vbi post alios, Costa, verbo, bona, n. 1. cum seq. tradit Gome. d. tomo 1. c. 9. n. 17. illa. 8. & n. 23. Costa in c. si pater de test. in 6. ver. ac deinde filio n. 3. & 4. Mencha. de successio. crea §. 21. nu. 268. & de successio progressu §. 7.* Sunt enim sui hæredes, quasi domini in vita parentum, quare illis decedentibus, statim in ipsos continuatur bonorum dominium, *l. in suis ff. de lib. & posth. l. 1 §. hi qui sunt ff. si quis omissa causa testam.* ibi. *statim hæredes sunt, seu ab intestato, seu ex testamento*, habetur *in §. sui, instit. de hæredum, quali. & differentia*, vbi Imperator, addit quod huiusmodi suitas, filios hæredes facit statim, etiam ignorantes. Sunt enim vna eademque persona, cum parentibus *leg. fin. Codic. de impuber. & aliis, l. Liberorum in fine. Digest. de verbo. signi.*

22 Aliquando † etiam fit transmissio hæreditatis, ex potentia sanguinis, quæ tantum competit descendentibus, & non aliis, *vt habetur in l. Vna, C. de his qui ante apertas tabulas, vbi glo. & DD. communiter Gome. d. 1. tomo, c. 9. n 41. Costa in c. si pater, pag. 22. de testa. in 6. n. 20. & in l. Qui duos. §. qui in bello. ff. de rebus dub. pag. 38 col. 2. in prin. Mencha. de successi. crea. §. 21. n. 267. & de successio. progressu §. 7. a nu. 7.*

23 Aliquando † etiam in iure nostro, transmittitur hæreditas ex iure deliberandi, de quo agitur *in l. Cum antiquioribus, C. de iure delib. & ibi gloss. & DD. Gome. d. 1 tomo, c 9. n. 51. Costa in d. c. si pater, de testa. in. 6. pagin. 23. a numer. 12. Mencha. de successio. progressu. §. 8.* secundum quorum resolutionem, hæc transmissio latius patet, siquidem omnibus hæredibus, etiam penitus, extraneis prodest, ad quos hæreditas defertur, dummodo hæres intra annum, a die quo sciuit, delatam sibi fuisse, hæreditatem, decedat.

24 Alia † etiam reperitur transmissio, quæ potentiæ in integrum restitutionis tribuitur. Minorenim annis 25. si hæreditatem sibi delatam, neglexit adire, & interim moritur, eius hęres, beneficio restitutionis implorato, ad se transmisso, adire illam recte poterit, *vt tradit Gome. d c. 9. tomo. 1 nu. fin. & Costa in d. c. si pater, de testa. pag. 24. n. 26.*

25 His † sic præmissis, ad propositæ quæstionis, decisionem deueniamus. Finge filium in potestate patris constitutum, ab eo hæredem institutum fuisse, & consequenter ad emphyteusim, quam pater habebat nominatum, *per d. l. Reg. lib. 4. tit. 62. in prin.* Is si antequam se hæreditati immisceat, decedat, ex potentia suitatis, hæreditatem ad hæredes transmittit, *per notata in d. l. Apud hostes, C. de suis & legit. hæred.* Sed an simul, & emphyteusim, transmittat? respondere sum solitus, quod sic, quia sub eo titulo vniuersali, hæreditatis emphyteusis inclusa continetur: & cum hæreditate transit, quocunque vadat, dummodo tamen secundum formam concessionis, illa extincta, non sit in persona filii mortui, quem pater in tertiam forte personam nominauit, scilicet tacite, eum hæredem instituens: in qua specie, in persona filii, intelligo, extinctam esse tertiam personam, seu generationem, quoniam illi, tam hæreditas, quam ipsamet emphyteusis, de qua agimus etiam ignoranti, est acquisita, vt habetur in *§. sui, insti. de hæred. quali. & differentia*, coniuncto §. 1. *l. Reg. lib. 4 titu. 63.* ibi, *posto que o nomeado non se ia sabedor da tal nomeaçano.* Qua ratione in eo finita est tertia vita, & extincta emphyteusis, aliter dominus directus, quatuor personarum vitas, contra formam concessionis patietur: aliter, nisi hoc ita admittas, fateberis necessario, patrem ad emphyteusim non nominasse, vel saltem eius nominationem, caducam esse, quo habito, pro constante, similiter extincta emphyteusis censenda est, in terminis d. l. Reg. *lib. 4. tit. 62. in princ.* quando emphyteusis fuit concessa, *pro eo quem nominabo*, id est, si nominabo.

Quo † argumento, idem sane respondendum est, in ceteris transmissionibus, quę fiunt iure sanguinis, deliberandi, aut restitutionis in integrum. Non me fallit doctissimum quendam virum Conimbricensem aliquādo respondisse, etiam extra dictos quatuor casus, quibus hæreditatis trāsmissio conceditur, concedendam esse hanc, de qua agimus, emphyteusis transmissionem Mouebatur vir ille ex auctoritate Bald. *in l. Generaliter §. 1. C. de secun. nup.* & Alex. *in l. Si vir. ff. ad l. falci.* resoluentium acquisita, ex legali dispositione ad hæredes transmitti, quamuis non transferatur hæreditas, *tradit Alex. lib. 2. consi. 150. n. 7. & S. Ias. in l. Si arrogator. ff. de adop. a n. 15.* At vt ille vir doctissimus, intelligebat emphyteusis, hæredibus scriptis, ex dispositione d. l. Reg. *lib. 4. titu. 92. in princip.* defertur. Ergo transmitti iure valet. Ego hoc fallax argumētum, semper credidi, & prorsus reiiciēdum. Tum, quia illa l. Regiæ dispositio, ex coniecturata defuncti voluntate, procedit, qui hæredem institutum, nominare visus est. Tum etiam, quia ea nominatio, inclusa est sub eo titulo hæreditatis, cum quo euanescit, *vt sup. aduertimus.* Quocirca, tanquam quod inseparabile, nisi hæres hæreditatem agnoscat, emphyteusim capere non potest. 26

Ex † quibus, si recte consideras, deducitur notabilis declaratio ad l. Regiam *d. tit. 62. in princ. lib. 4.* vt tunc demum procedat, cum ab hærede scripto, fuit hæreditas adita, nam si ille hæreditatem repudiauit, emphyteusim capere neutiquam poterit, quia emphyteusis in casu dict. l. Reg. dicitur, concessa sub eo titulo vniuersali hæreditatis, non minus, quam quælibet alia res hæreditaria, quam nequit hæres capere, & cetera repudiare: quia obstat regula, *ius nostrū, de reg. iuris*, secundū quam testatus pro parte, decedere nemo potest, *vt habetur in l. 1. §. si ex fundo ff. de hæredi. instit.* Obstat etiam regula quæ habet, defuncti voluntatem indiuiduam esse, & propterea legatum pro parte, acceptari minime posse, *vt tradit Gome. 1. tom. cap. de leg. numero 37.* Qua ratione, nec emphyteusim in casu *d. titul. 62. in princip.* hæres scriptus, capere potest si hæreditatem, repudiauit. Assumit enim quoad istum effectum, in ea specie, emphyteusis, naturam emphyteusis hæreditariæ, quæ obtineri minime potest, ab eo, qui hæres non est, *vt habetur in c. 1. an agnatus, vel filius, tradit Parisi. lib. 1. consi. 23. n. 176. & 179.* 27

Nec † obstat, quod passim scriptum reperies, emphyteusim posse acceptari, & hæreditatem repudiari, *vt tradit Ias. in l. 2. C. de iure emphy. num. 216. Præpo. d. cap 1. an agnatus, numero 3.* quia ea traditio procedit in emphyteusi, vel feudo concesso pro filiis, vt filiis, *DD. in l. quod dicitur ff de verb. oblig. Alc. regul. 1. præsump. 31. Ias. o l. filio pater num. 36. ff. de leg. 1.* 28

non in emphyteusi, vt hæredibus acquirenda, de qua agimus, quā nequit habere ille qui hæres nō est, *per supra scripta* licet oppositum obseruetur in filio abintestato vocato per tex. *in §. 4. d. tit. 62. lib. 4. vt iam supra adnotauimus q. 7. n. 40.* Hinc nos vtiliter cum Costa, *lib. de Regni successione, pagin. 136. ad fin. cum seqq.* resoluimus, Regni successionem primogenitum filium minime petere posse, qui paternam repudiauit hæreditatem, vt late disputauimus in *nostro tracta. de sing. primogenitorum successione Regni Portugalliæ*, vbi resoluimus id quod diximus, eum, emphyteusim amittere, qui hæreditatem repudiauit, non procedere quando ille remedio *l. si. Cod. de repudi. hæreditate*, repudiatam semel hæreditatem recuperauit, quoniam, & tunc recuperabit etiam emphyteusim, in hæreditate contentam, & cum ea amissam.

29 Ex † supra scriptis etiam vtiliter infertur d. l. Regiæ dispositionem *lib. 4. titul. 62. in prin.* non procedere, quoties contingeret testamentum infirmari, siue id ex solemnitatis defectu, siue etiam hæredis instituti, aut testantis incapacitate, qui intestabiles forte erāt, eueniat. Corruit enim necessario, & ipsa nominatio, quæ sine institutione, & titulo hæreditatis stare non potest, & ab ipsa hæredis institutione pendet: qua irrita, & inani facta, sine dubio, & nominatio infirmatur, & cōsequenter causa testati ad causam intestati redacta, standum erit dispositioni, tex. *in §. 3. d. ti. 62. lib. 4.* qui vtiliter ampliandus est, vt procedat etiam quando irrito facto testamento succeditur abintestato, quod sane adnotandum est pro illius §. 3. ampliatione, vt non modo procedat quando emphyteuta nullum testamentum fecit, verum etiam quando illud fecit nullum tamen aut irritum factum est. Paria namque sunt, non testari, aut inutiliter testamentum fecisse: siquidem nihil, & inutile in nostro iure solet æquiparari.

30 Vlterius † adnotandum est ex *d. titu. 62. in prin. lib. 4.* quod habens potestatem simpliciter nominandi secundam, vel tertiam personam ad emphyteusim potest illam in vita nominare, vel etiam in testamento, hæredem instituens, aut alii legans, quod etiam probat l. Regia, *lib. 4. titul. 62.* quo iure absque vllo scrupulo, & hæsitatione vtimur. Vnde ego deducere sum solitus, ad huiusmodi nominationum validitatem neutiquam exigi, domini directi consensum. libera namque est testandi facultas, nec ab alterius voluntate, & arbitrio pendere vtique potest *l. illa institutio 32. ff. de hæredi inst. habetur in l. Captatorias, C. de testam. mili.* Quare cum emphyteutæ permittatur in testamento nominationem facere, libera ea potestas censenda est, ne quo modo a domini directi arbitrio pendere vltima voluntas dici possit. Quæ resolutio in his regnis præcipue necessaria videtur, quia in ipsis concessionibus emphyteuticis expresse concessa reperitur hæc, nominandi secundam, vel tertiam personam facultas, semperque in instrumentis emphyteuticis, ita adiici solet, *que elle possa nomear a segunda, & a segunda possa nomear a terceira*, vel etiam vt in dicta l. Regia, *lib. 4. titu. 62. in princ.* habetur *s. huma qual elle nomear, & aquella, que por elle for nomeada, possa nomear o outra.* Quibus verbis, & similibus, sub quibus huiusmodi concessiones fieri consueuerunt, nemini dubium est, cōcessam esse emphyteutæ nominandi facultatē, quare alia noua licentia, seu domini consensus, necessarius non est, *vt habetur in c. 1. de feudo non habente propriā naturam feudi. Paris. lib. 1. cons. 3. num. 29. tradit Iaso. in l. fin. C. de iure emph. nu. 41. & in l. 1. §. item acquirimus. ff. de acq. posse. num.* 8. *Hippo. sing. 255.* & fuit sententia Ang. *in l. Cum essent, ff. de serui. rusti. prædi.* vbi nominatim in emphyteusi loquitur resoluens, quod si ego tibi emphyteusim concessi, & pro eo, cui dederis, quod absque vllo alio nouo assensu poteris, alii cui volueris, dare. Sufficit enim in initio data alienandi licentia, ne amplius alia sit exigenda. *Sequitur Roma sing. 469. Socinus lib. 1. cons. 3.* & dicit receptum Decius *cons. 146. n. 3. Soci. lib. 2. cons. 257. n. 5. Ias. in l. fin. C. de iure emphyt. numer. 6.* probant quamplures alii, quorum meminit Tiraq. *in princ. l. si vnquam, C. de reuo. donatio. n. 34.* Licet contradicat Specula. quem defendere conatur Calcaneus *in cons. 51. Decius cons. 614. num. 2. Gozadi. cons. 4. n. 29.* & quidam alij quorum meminit Tiraquel. *d. princ. l. Si vnquam num. 33.* intelligentes eam concessionem non euitare nouum consensum, alias in alienationib. necessarium. Quorum sententiam posse procedere respectu possessionis, non defuere, qui ita senserint respondendum, existimantes illam capere nominatum non posse, irrequisito domino directo, vt probare videtur l. Regia. *libr. 4. tit. 64. §. 3.* vbi latius pertractabimus.

Vltimo † pro interpretatione d. prin. legis Regiæ *lib. 4. tit. 62.* aduerto emphyteutam habentem potestatem nominandi secundam, vel tertiam personam vnum tantum, non plures nominare posse, vt ea l. Regia probat, ibi, *fizer seu testamento, em que leixe certo herdeiro em seus bens, insolidum.* Docens contrarium fore respondendum, si plures, non vnum tantum emphyteuta, hæredem fecit, pro æquis, aut disparibus portionibus, in qua specie, nullus habebit emphyteusim, propter incertitudinem, qua se inuicem hæredes impediunt, *ex traditis in l. duo sunt Titii 30. ff. de testam. tute. l. triticum, ff. de verbo. obl.* bonus text *in l. qui soluendo 42. cum leg. seq. ff. de hæredi. insti.* ibi, *Si vterque viuat nullius momenti institutionem esse, inuicem enim eos sibi obstare.* Commendat Alexan. *in l. Gallus §. ille casus, col. 3. ff. de lib. & posthu. Soci. in l. Si fuerit, col. fin. ff. de rebus dubiis, Bar. & alii, d. l. duo.* conuenit notabile Modestini responsum *in l. in tempus 62. §. 1. ff. de hære. insti.* vbi similiter respondetur inutilem institutionem censendam esse, si constare nequit, quem magis voluit testator hæredem esse, cum plures concurrunt eiusdem nominis, se inuicem impedientes. Deficit enim institutionis substantia, quasi nullus prorsus institutus fuerit, *vt placuit Dino, & Alb. ibi.* Quibus ego non facile accedo, animaduertens institutionem non deficere, vt Paulus docet, *in l. 4. vers. 1. ff. si cui plus quam, per l. Falci.* vbi pro mero iure tenere institutionem probat, eorum, qui propter nominis identitatem sibi insolidum hæreditatem vindicant. Quamobrem verius est incertitudinem vtrq; nocere, quoniam scire non possumus, de quo magis testator senserit, & maluerit hæredem esse. Id enim est, quod in *d. l. qui soluendo*, scriptum est, *inuicem eos sibi obstare*, non quod deficiat institutio, & sic substantia, sed magis probatio, qua excludatur incertitudo, hæredes impediens, vt voluit gloss. 1. *in l. Si quis seruum, 8. §. si inter, ff. de leg. 2.*

leg. 2. & ibi Bar. Bal. Ang. & Imol. in d. l. in tẽpus §. 1. sic exponentes text. ibi, dum probat testamentum, seu institutionem non valere, vt intelligatur, propterea quod scire nõ possimus, de quo defunctus senserit. quod sine dubio ex d. §. 1. verbis deduci facile est, ibi, *nisi ex aliis apertißimis probationibus fuerit reuelatum, de qua persona testator senserit*: quod & plane Paulus docuit obseruandum in *d. l. duo. 30. ff. de test. tut.* ibi, *Respondi is datus est, quem dare se testator sensit. Si id non apparet, non ius deficit, sed probatio, igitur neuter est tutor.* Quo argumento vtiliter in casu nostro resoluitur, pluribus hæredibus institutis, nullum emphyteusim obtenturum.

32 Quæ † traditio emphyteuticæ nominationi applicari cõmode potest, si cõsideres quod secundum formã concessionis, vnica tantum persona potest ab emphyteuta nominari, non plures, vt sine dubio deducitur, ex ipsamet concessionis forma, quæ ad secundã, vel tertiam personã tantum nominandam, in numero singulari restringitur, nec plurium cõcursum admittit, ne quomodo vltra tertiam generationem, seu trium personarum vitam, contra concessionis tenorem emphyteusis porrigatur. Vt in priuatis scriptis obseruauit Gonçalus Valascus Lusitanus perpendens huic plurium personarum nominationi plurimum aduersari, tex. *in l. plane 9. ff. familiæ her. & in l. Tutor. 41. §. Lucius ff. de vsuris*, asserens particularem solutionem, multa incommoda habere, quare eam creditor recipere non compelli, *vt ibi DD. communiter probant, & in l. fistulas §. qui fundum ff. de contrah. emp. omnes in l. quidam æstimauerunt ff. si certum petatur*, licet contradixerit Alcia. ibi, *& in l. pacto successorum, in prin. C. de pactis rursus, & in l. 2. §. & harum, col 3. ff. de verb. oblig. & in l. Stipulationum quædam, verbo pretium, eod. titulo.* intelligens diuiduam obligationem esse, qua quis ad pecuniæ quantitatem obligatur. Quæ sententia, & si vera sit, non proinde conuincit, posse creditorem obligari, vt partem recipiat, propter incommoda inde obuentura, vt communis voluit scribentium sententia, *in dict. locis, & in d. §. & harum*, vbi etiam Iaso. *num. 10.* eam probat. Quo argumento, ne dominus particularem solutionem compellatur, a diuersis nominatis exigere, pro portione scilicet, pro qua emphyteusim obtinebunt, plures nominari non posse Gonçalus noster Valascus voluit, sic limitans tex. *in l. vnũ ex familia §. si duo, ff. de lega. 2.* vbi plures licet nominare, & eligere ad rem vni de familia restituendam, quia cessat hæc ratio, & particularis solutionis incommodum. Concordat Probus in simili *in c. vnico, numer. 8. de iure patro. in 6.* resoluens, patronum habentem ius præsentandi rectorem, ad ecclesiam cum vacabit, minime posse loco sui, plures patronos constituere, in ecclesiæ præiudicium, quam non licet maiori numero patronorum prægrauare: Citat Decium *consil. 149. & 435. in fin. post Domi. & Anchar.* Idem ergo in proposito, respondendum est, non posse in præiudicium domini directi, plures emphyteutas constituere eum, cui vnum tantum nominandi, data est potestas, quod certe probare l. Regia videtur *libr. 4. tit. 62. §. 1.* ibi, *pro se nano confundir a pensaon.* Concordat similis *lib. 4. tit. 77. §. pen.* vbi eadem ratione negatur, emphyteusim ad plures filios posse peruenire.

Caue † tamen, quia in oppositum multum vrget tex. in *l. placuit 4. C. de colla. fundo patri. lib. 11.* ibi, *& quantum habuerint pensionis paratum.* probans, sine dubio posse principis emphyteutam, pensionem debitam ratione rei emphyteuticæ, quam possidet, in partes diuisam soluere, nec sic diuisam in partes, principis collectores, seu exactores, vel quæstores repudiare posse. Quo argumento gloss. pen. ad fin. *in l. 2. C. de iure emph.* notabiliter resoluit posse emphyteutam, statutam pensionem in tres partes diuisam singulis annis domino inuito soluere, *sequitur Cynus ibi, q. 11. & Salic. num. 24. sequuntur Specula. & Ange.* quorum ibidem meminit Iaso. *num. 217.* firmans cum gloss. ceteros omnes transire DD. idem etiam Iaso. *in l. quidam æstimauerunt. ff. si certum peta. n. 6. fallen. 4.* eiusdem gloss. & sequacium meminit. Qua ratione proculdubio videtur cessare, fundamentum prioris sententiæ asserentis, non posse duos ad emphyteusim nominari, ne dominus directus compellatur diuisam in partes pensionem recipere, propter incommoda, quæ particularis habet solutio debiti. Quæ consideratio in emphyteuta cessat, cui concessum est, domino directo, eidemque principi (cuius tam multa sunt in iure nostro priuilegia) pensionem tripartitam soluere: quare multo magis, id emphyteutis inferiorum est indulgendum. Sed nihilominus a priore sententia recedendum non est, *teste Ias. in d. l. quidam ff. si cert. peta. n. 7.* ex auctoritate Bart. Bald. Fulgo. Pauli & Romani, quorum ille meminit, resoluentium priuari emphyteutam, neutiquam posse, statutam pensionem diuidere, & per partes soluere. Nec obstat, *d. l. 4.* dispositio, quia specialiter procedit in emphyteuta Cæsaris, cui illud fuit specialiter concessum, quoniam in pluribus aliis prægrauari consueuit, vt notabiliter, post alios, respondet Ias. *in d. l. quidam n. 7. & ibi Butigella n. 20. cum seq. Gomez. in 2. tomo c. 3. n. 13.* Quo iure in his Regnis vtimur, in quibus priuatorum emphyteutæ integras non in partes diuisas pensiones soluere consueuerunt: qui vsus in hac re maxime attendendus est, *vt tradit Ias. d. l. 2. nu. 217. C. de iur. emph* Licet autem non possint plures loco secundæ, vel tertiæ personæ nominari, ratione suprascripta, diuersum tamen ius in census præstatione constitutum est, *vt tradit Couar. li. 3. resolu. c. 7. n. fi.* Quare ad eius successionem plures sine dubio admitti possunt. Ex quibus necessario resoluitur inanem, & inutilem esse emphyteutæ dispositionem, plures ad emphyteusim nominãtis, aut eosdem hæredes simpliciter instituentis, nulli emphyteusim prælegando. Corruit. n. respectu emphyteusis eius dispositio, qui quod potuit, noluit, scilicet, vnum nominare, quod voluit ad effectũ perducere nequiuit: Quocirca censendus est casus iste, quasi nullus fuerit nominatus, in qua specie iam supra resoluimus, extingui emphyteusim, per consolidationem vtilis dominii cum directo.

Quod † sane intelligi vtiliter debet, nisi hæredum alter doceat, de se sensisse defunctum. Erit enim eo casu huic adiudicanda sine vllo debito emphyteusis, *vt in d. l. duo 30. ff. de admi. tu.* Iurisconsultus probat ibi, *quem dare se testator sensit.* & ibi notant DD. *& in l. in tempus 62. §. 1. ff. de hæred. insti.* ibi, *nisi apertißimis probationibus fuerit reuelatum, de qua persona testator senserit.* 34

35 Secundo fallit,† quando ex duobus se adinuicem impedientibus, viuo testatore alter decessit, quo casu superstes emphyteusim obtinebit, vt voluit glo. *verbo, singulari, dict. l. in tempus.* §. 1. *ff. de hæred. insti.* concordat gloss. 1. *in d. l. duo 30. ff. de testa. tutela.* per text. qui ad hoc videtur clarus, *in l. qui soluendo. 42. ff. de hæred. insti.* ibi, *altero ante apertas tabulas testamenti mortuo, non ineleganter defendi poterit eum, qui superrerit liberum, & necessarium hæredem fore.* tradit Ruinus, *cons. 36. ante num. 10. vol. 2.* Cumma. tamen, & Imola, *in d. l. in tempus* §. 1. *ff. de hæredi institu.* hanc gloss. sententiam non probant intelligentes, superstitem audiendum non esse, nisi de se defunctum sensisse prius doceat, vt ibi Iurisconsultus voluit, quia nescimus an forte eum, qui decessit ille voluerit magis hæredem facere. Conuenit Bartol. *in l. si quis seruum.* §. *inter. ff. de leg. 2. post num. 2.* vbi postquam adnotauit, obligatorium non esse legatum Titio factum, seu relictum, cum plures sint Titii, quærit, *an idem sit dicendum, si forte eorum alter renunciet, & in fauorem alterius cedat?* Et respondet, nihilominus obligatorium legatum non esse, quia, inquit, per huiusmodi renunciationem, non demonstratur, de quo testator senserit, in quo Bartolum ceteri ibi probant interpretes, *teste Peralta numero 14.* Multo ergo minus proderit superstiti, alterius mors, quem expressa eiusdem viuentis renunciatio non iuuat.

36 Restat † igitur intelligamus, quo nam modo sit interpretandum Iuliani responsum, quo gloss. nititur *in dicta leg. qui soluendo 42. ff. de hæred. institut.* vbi hæc proponitur facti quæstio. Debitor quidam, qui soluendo non erat, duos Apollonios, quos habebat seruos hæredes scripsit, quæsitum fuit, *an ea sic facta institutio teneret?* Et respondet Iulianus nullius momenti esse, propter legis Æliæ Sentiæ prohibitionem, quæ debitori, qui soluendo non erat, vnum tantum, non plures seruos, hæredem scribi posse, permittebat. Ceterum, inquit Iurisconsultus, si viuo adhuc testatore, alter ex seruis suprascriptis mortem obierit, respondet I. C. institutionem validam esse, quia legis Æliæ Sentiæ prohibitio cessat. Quo argumento vsa gl. in d. locis, intelligebat, eam institutionem, quæ propter duorum concursum impediebatur, firmam manere, si eorum alter decedat, viuo adhuc testatore. Quare eadẽ ratione in casu nostro videtur respondendum emphyteusim, extinctam nõ esse, sed magis illi superstiti concedendam. Contrarium tamen Bartol. Cumma. & Imolæ placuit, atque etiam Peraltæ, qui communem esse probat, *in d.* §. *inter*, qui respondent tex. *d. l. qui soluẽdo*, in casu longe diuerso, loqui, & procedere, & nihil commune cum specie, quam tractamus, habere. ibi enim, si bene consideras, defunctus voluit duos Apollonios, seruos, quos habebat, instituere: inutiliter tamen, quia lex Ælia Sentia duos posse hæredes scribi vetabat, in qua specie, eorum seruorum altero decedente alterius institutio firma manet, quia cessat dict. legis prohibitio, & defuncti voluntas suffragatur, qui ambos instituit hæredes, cuius oppositum obtinet in casu *dicta leg. in tempus* §. *1. cũ similibus*, vbi defunctus vni tantum voluit prouidere, & cum duo reperiantur eiusdem nominis, & æqualis necessitudinis, neutri legatum, seu hæreditas debetur: nisi eorum alter, de se magis intellexisse, defunctum doceat, aliter incognita quidẽ & obscura testatoris voluntas exequi minime potest. Quæ quidẽ ratio viget etiam in eo casu, quo eorũ alter iam decessit: siquidem adhuc certo non scimus, an de superstite defunctus senserit: qui videtur sane verus, & genuinus dictorũ iuriũ sensus secundũ quẽ materiæ ẽphyteuticę, quã tractam⁹, vtiliter applicatur.

Resoluendum † est igitur: emphyteutam, cum duos haberet coæquali amicitia coniunctos Titios, & simpliciter Titium hæredem scripsit, aut ad emphyteusim nominauit, nihil egisse, quamuis eorum alter decedat, nisi superstes de se locutum emphyteutam, & sensisse apertissimis probationibus doceat *dicta leg. in tempus, 62.* §. *1. ff. de hæredi. insti.* secundum prædictum communem sensum. Ceterum vbi defunctus emphyteuta, vtrumque voluit hæredem esse, & consequenter emphyteusim habere, si vterque superuiuat, neuter emphyteusim obtinebit, obsistente concessionis emphyteuticæ prohibitione, quæ plures non permittit, posse nominari: quemadmodum nec lex Ælia Sentia cõsentit debitori, qui soluendo non est, posse plures seruos hæredes facere. Quocirca illius argumento, quemadmodum nullus Apollonius hæres erit, in casu *dict. leg. qui soluendo 42. ff. de hæredi. instit.* quia se inuicem impediunt, ita duo hæredes scripti (nomine, scilicet collectiuo, vt statim explicabitur) se inuicẽ impediẽtes, emphyteusi carebũt, quæ domino necessario applicanda est, quasi nullus nominatus fuerit, quod idẽ respõdendũ est, si duo Titii, nomine collectiuo nominentur. Neuter. n. emphyteusim obtinebit: ideoq; si eorũ alter decedat, superstiti adiudicãda erit emphyteusis, per *d. l. qui soluẽdo.* Cessat. n. in hoc casu prohibitio emphyteuticę cõcessionis, nõ admittẽtis plures nominari posse, adest etiã volũtas ẽphyteutæ, qui vtrũq; voluit emphyteusim habere, & sic omnia cõcurrũt, quę *in d. l. qui soluẽdo*, necessaria intelligũtur, vt illi⁹ dispositio procedat. 37

Tertio † fallit, quãdo ẽphyteuta duos, vel plures hæredes scripsit, nomine proprio vocatos, nõ collectiuo: hoc. n. casu procedũt, quæ supra proxime resoluimus, nulli adiudicandã emphyteusim esse, quia de quo senserit nominans, incertum est, veluti cũ dixit. *Fratres meos hæredes instituo, seu ad emphyteusim nomino*, hæreditatẽ illi, quia nihil prorsus obest obtinebũt, ẽphyteusim vero minime: quia secundũ legẽ cõcessionis nescit ad plures trãsire, qui cũ nomine collectiuo sint vocati, sese ad inuicẽ impediunt, quod idẽ obtinet quãdo Titiũ nominauit fratrẽ, seu cognatũ, cũ plures essent omnino pares Titii, *d. l. duo 30. ff. de test. tut.* Ceterũ vbi emphyteuta duos, vel tres nominatim scripsit hęredes hoc modo, *Petrũ Ioannem, & Antoniũ agnatos meos hæredes instituo*, vtriq; oppositũ obseruandũ est: quia hoc modo scripti hæredes se nõ impediunt, quoniam sumpto ab ordine literæ argumẽto, ille qui primo loco scriptus est hæres, emphyteusim obtinebit, quia magis dilectus eo ipso censetur, quod primo loco nominatus est: consequenter præualere debet in re, quæ ad omnes transire non potest, (qualis est emphyteusis, de qua agimus) Quã sentẽtiã probat Pelaez *li. 2. Maioratus q. 1. n. 41.* idq; verũ esse ex Iuliani responso persuadetur *in l. quoties, 41. ff. de vsuf. & quemadmodum quis vtatur* vbi duobus 38

duobus fuit vsusfructus legatus, ita vt alternis annis fruerentur, vter primus deberet frui exorta inter eos quęstio est, respondit Iurisconsultus Titium, quem primo loco defunctus nominauit, præferendum esse, eique primum annum concedendum esse, ibi, *Qui quidem ita legatus fuerit Titio, & Meuio, potest dici prius Titio, deinde Meuio legatum datum.* Et ibi adnotauit gloss. ordinem scripturæ hac in re maxime attendendum esse, cum de præferẽdo homine disceptatur. Conuenit simile Vlpiani respõsum *in l. generaliter. 24. §. quis ergo statuet. ff. de fideicommiss. liber.* vbi defunctus, mille ducatos legauit Titio, vt seruos suos proprios manumitteret, qui multo pluris æstimati sunt: quare pro modo legati Iurisconsultus postquam respondit manumittendos seruos esse, dubitat, quos magis manumittere hæres debeat, & ait, ordinem scripturæ obseruandum esse, & consequenter eos, quos defunctus primo loco nominauit. Concordat Terentius *in l. si quis. 24. ff. qui & a quibus*, vbi casum ponit, quo debitor quidam plures seruos manumisit, quæ tanta seruorum manumissio, in fraudem creditorum versa reperitur: quare in seruitutem reuocari seruorum nonnullos oportuit, & quorum debuisset, libertas conseruari tractatum fuit, ait Terentius, *primos nouissimis esse præferendos, & in manumissione tuendos.*

39 Accedit † notabile Celsi responsum *in l. qui soluendo. 60. ff. de hæred. instit.* cuius hæc sunt verba, quæ nulla indigent inductione, *Qui soluendo non erat, seruum primo loco, & alterum seruum secundo loco hæredes scripsit. Solus is qui primo loco scriptus est, hæreditatem capit. Nam lege Aelia Sentia ita cauetur, vt si duo pluresue, ex eadem caussa hæredes scripti sint, vtiq; quisque primum scriptus est, ita hæres sit.* Ex quo colligitur, quod quando omnes vocati concurrere non possunt, nec rem capere (prout contingit in emphyteusi, quam omnes scripti hæredes obtinere non possunt) ille præualet, qui primo loco scriptus est, cui res illa adiudicatur, semotis reliquis, qui inferiori loco, scripti reperiuntur. Habetur *in l. cum ita. 53. § in fideicommisso. ff. de leg. 2.* ibi, *qui nominati sunt:* & ibi *Dd. & in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de lib. & posthum.* tradit Peralta alia iura concordantia adducens *in d. § in fideicommisso, num. 4.* resoluens veram hanc esse, & communem traditionem, quod primo loco nominatus tanquam magis dilectus rem debet obtinere, quæ ad omnes transire non valet: qualis est apud nos emphyteusis. Adstipulatur, Alexan. *in l. qui duos, num. 5. ff. de leg. 1.* hoc argumento resoluens eligendi potestatem duobus concessam, illi tantum tribuendam esse, qui primo loco nominatus est, si modo ambo concurrere in electione non possunt. Hoc etiam argumento vtitur Aymon, *lib. 1. consi. 147. num. 2.* vbi etiam citat iura, & ibi primo loco nominatum tãquam magis dilectum præferendum probat. Ex quibus huic sententiæ adhærẽdum existimo, quam reperio quoque in priuatis scriptis *ad tit. ff. de leg. 2.* tenuisse, insignem sua tempestate Gonçalum Valascum olim Conimbricensis Academiæ primarium. Adducebat excellens ille doctor tex. ad id notabilem *in l. 1. § sed si mihi. ff. de verbor. obligat.* vbi Iurisconsultus docuit, validam esse stipulationem, si stipulanti mihi Pamphilum, tu Pamphilum, & Stichũ promittas, quia enim concordes sumus in Pamphilo stipulatio tenet, non obstante inutili Stichi adiectione, quæ tanquam quid separabile, vitiare vtile non potest, vt passim nostri interpretes docent in ea præcipue quæstione, quam mouet Bald. *in auth. qui rem. C. de sacrosanct. eccles.* resoluens concessionem emphyteuticam de re ecclesiastica factã, in quartam, vel vlteriorem generationem, inutilem tantum esse respectu quartæ, vel vlterioris generationis, firmam vero manere vsque ad tertiam generationem, quia vtile per inutile vitiari non solet. Quo argumento vir doctissimus emphyteusim, in specie, quam tractamus, primo loco instituto, seu nominato concedendam iudicabat, non obstante adiectione secundo loco, aut tertio instituti, vel nominati, quæ cum sit separabilis nocere, primo loco, nominato non debet. Citabat etiam adnotata *in d. l. cum ita. §. in fideicommisso per Bart. & Paulum. ff. de leg. 2. & in l. Publius. §. 1. ff. de condit. & demonstrat. rursus, & in l. cum pater. §. pen. ff. de leg. 2. & in l. Gallus. §. 1. ff. de lib. & posthu. & l. quoties. ff. de rebus dub.*

Nec † mouere quempiam posse dicebat, nota- 40
bilem Bart. doctrinam, communiterq; receptam *in l. 1. ff. de verbor. obligat. § si quis ita,* resoluẽtis actum peccantem in forma, nullum adeo esse, vt nec valeat eo modo, quo valere potest: quoniam asserebat, illud procedere, quando actus in sui forma peccat, non vero quando peccat ratione adiuncti separabilis ab ipso actu, vt contingit in casu proposito, in quo adiectum inutile separabile, vitiare actum, & sic nominationem primo loco factam non potest. Sit ergo firma conclusio, ex pluribus institutis, aut nominatis ad emphyteusim, illum esse præferendum, qui primo loco vocatus est, quod vltra præfatos Dd. iustificari commode potest, *ex iis, quæ scripsit Tiraquell. lib. de primogen. q. 17. opinio. 1. num. 7. & quæst. 19. num. 3. Aldobran. in § fin. instit. de iure naturali, Cassan. in gloria mundi, part. 1. considera. 17. Peralta in l. si quis seruum. §. certum, num. 1. cum sequent. ff. de legat. 2. & in l. si quis, in principio. ff. de legat. 3. num. 155.* Quorum argumento nos aliquando respondimus ad Maioratus, seu primogenii electiui successionem ex duobus filiis nominatis, præferendum esse primo loco nominatum, *per d. l. quoties. 4. ff. de vsufruct. cum aliis supra, num. 38. & 39. adductis, & tradit Tiraquell. de primogen. quæst. 17. opinio. 1. nu. 7. & quæst. 19. num. 3. tradit Pelaez, in tracta. de Maiora. lib. 2. quæst. 1. num. 31. & 41. Cassan. in cat. gloria mundi. 1. part. consid. 17. Decius consi. 180. num. 11. Burgens. lib. qq. quæst. 2. nu. 99. & 100.* idque in hoc supremo Lusitaniæ Regio senatu, aresto aliquando comprobatum fuit.

Aliquando † etiam, non minus vtiliter respõ- 41
dimus, translationem pensionis annuæ, ab eo factam, qui auctoritate apostolica, habebat facultatem transferendi vsque ad centum aureos, primo nominatis tantum prodesse, non nouissimis. Contingit enim, quod is, qui facultatem habebat, centum aureos tantum transferendi, ducentos transtulerit in fauorem diuersarum personarum. Facti species hæc erat. Paulus Æmilius Riberius Bracaren. miles sancti Georgii, habebat facultatem a summo Pontifice transferendi, etiam in articulo mortis vsq; ad centum aureos, ex pensionibus, quas habebat, in diuersis beneficiis constitutas: Cumque iam in extremis ageret cessit, &

transtulit in fauorem sui famuli 40. ducatos pensionis annuæ, super episcopatu Portuensi, & alios 30. ducatos super alio beneficio, in fauorem alterius: & statim, & eodem tempore, coram eodem notario, & testibus, in fauorem Lautentii Cerueira eius consanguineum, transtulit 60. Tandem in fauorem Antonii da Cuntha, eius etiam cognatum cessit, & transtulit 100. ducatos pensionis annuæ, super Archidiaconatu de Neiua. Hos posteriores centum ducatos petebat prædictus Antonius. Obiiciebat Archidiaconus, *defunctum non habuisse facultatem transferendi, nisi vsque ad pensionem centum ducatorum, qui per primam cessionem, & translationem fuerunt consumti*. Ex aduerso Antonius obiiciebat, *hanc cessionem factam fuisse in mortis articulo, ac proinde hanc defuncti dispositionem, tanquam posteriorem præualere, maxime cum cedens ipsi sanguine, & amicitia foret coniunctus*. Quoniam vero pulchra est casus controuersia, & cum his, quæ diximus, quasi quandam cognationem habet, non abs te me facturum duxi pro pragmaticis, & his qui in foro versantur, quæ tunc diximus hic subiicere. Adducebam imprimis caussas beneficiales, & pensionum, a dispositione vltimarum voluntatum regulari, *vt notatur in c. quia in cunctis, de concess. præben. & cap. si pluribus, de præbend. lib. 6. tradit Romanus consil. 348. Gigas de pensio. q. 51. nu. 19.*

42 Secundo † aduertebam, milites sancti Georgii habere potestatem, & priuilegium transferendi pensiones, vsque ad quantitatem centum ducatorum, quam facultatem Romanus Pontifex, plerumque concedit, *vt per Gigantem, de pensio. quæst. 12. tradit Paulus Parisius consi. 46. volum. 4.* Hisce militibus sancti Georgii, huiusmodi potestas nominatim concessa est, cum declaratione, quod id etiam in mortis articulo facere possint, vt patet ex verbis priuilegii, ibi, *etiam pensiones, & fructus huiusmodi, in alios quoscunque per eos nominandos, & in eorum fauorem, iuxta desuper concessam facultatem, transferendi, &c.* & paulo infra, ibi, *etiam in mortis articulo, in clericos, seu laicos non coniugatos, per eos eligendos, seu nominãdos, &c.* Ex quibus videbatur potuisse dictum Paulum, huiusmodi pensionem centum ducatorum, in mortis articulo transferre, ne dum in vita, quod ex illa implicatiua, *etiam* colligitur, *ex not. in l. etiam. ff. solut. matrim. & in c. tanta, de symon. & in c. grauis, de sent. excomm. Paris. d. cons. 46. num. 30.* Quare cum hæc facultas fuerit concessa ad tempus mortis, consequenter fuit concessa variandi potestas, *l. vnum ex familia. ff. de leg. 2.* & ita in indiuiduo consuluit Parisius *cons. 46. nu. 32. lib. 4.* Et proinde cum translatio fuerit facta vltimo loco, illa tanquam priores reuocans, omnino est attendenda, *per regulam l. Pacta nouissima, C. de pact. & §. posteriore quoque, instit. quib. mod. testam. infir. text. in l. si tibi certam. ff. de adim. legat.* ibi, *& magis posteriorem scripturam testamenti, placuit seruari.* Et hoc maxime videbatur admittendum, si quo modo probari potest, ex coniecturis, defunctum voluisse hanc translationem, esse præcipuam, *argum. not. in l. si seruus plurium. §. si numerus. ff. de legat. 1.* ad quod duo testes sufficiunt, *ex Paris. lib. 4. cons. 3. nu. 36.* Quare pro Antonio omnino videbatur respondendum, non obstante regula *l. Boues. §. hoc sermone. ff. de verborum significatione*, quia non procedit in hoc casu, quo fuit, transferendi potestas ad tempus mortis collata, & consequenter variandi facultas concessa.

43 Coniecturam † in hac materia, facit non modicam, amicitia, & sanguinis coniunctio, propter quam plerumque recedimus a regulis iuris communis, vt in terminis probat text. *in l. si fuerit. ff. de reb. dubiis*, ibi, *aqua charitate coniuncti*, & ibi notant Dd. concurrentibus pluribus legatariis, & se inuicem impedientibus, illum esse præferendum, qui testatori charior erat, *text. in l. si seruus plurium. 54. §. fin. ff. de legat. 1.* ibi, *& charitas, & necessitudo*, & ita procedunt scripta, *in l. si quis seruum. 8. §. si inter duos. & §. seq. ff. de legat. 2.* Iuuat quod tradit Guilelmos Benedict. *in cap. Raynutius, verbo, testamentum, in secundo, nu. 31.* vbi resoluit, quod si plura exhibeantur testamenta eiusdem datæ, illud præferendum est, in quo consanguinei instituti reperiuntur. Ex quibus in proposita specie, ne huiusmodi translationes pensionum inuicem, se impediant, pro dicto Antonio, videbatur respondendum, nec Laurentium tertio loco nominatum, audiẽdum fore, & si parem amicitiam, & sanguinis coniunctionẽ allegaret: quoniam Antonius fuerat diligentior, qui debitam pensionem statim petiit: quare præferendus erat, ex glo. *in l. vnum ex familia. §. si duos. ff. de legat. 2. & ibi Bart. num. 3. & in l. cum quidam, num. 7. eod. tit. facit Capell. Tholos. quæst. 25.* vbi in materia beneficiali cõcurrentibus, pluribus expectantibus, resoluit illum præferendum esse, qui prius expediuit processum, *Pragmatica Sanctio. fol. 101. col. 2. in fine, & Rota antiqua. 403.* Vel etiam si possessionem prius fuit adeptus, *ex Bertrando lib. 1. cons. 87.*

44 Sed † in contrarium, vt verius adducebam, quæ diximus *supra num. 38.* primo loco, nominatos esse præferendos, tum ex mente defuncti, tum ex ordine literæ: Ac proinde concludebam, primo & secundo loco nominatos pensiones, septuaginta ducatorum fore cõsequuturos: cetera vero triginta quæ supersunt, habiturum Laurentium, quamuis sexaginta fuerunt cessi. In hac enim materia, quæ diuisionem patitur, vtile per inutile non vitiatur, *vt supra diximus*, ac proinde excludendus est Antonius, cum prima electione & nominatione, centum ducatorum pensio, in diuersis beneficiis assignata, & constituta, in prioribus nominatis fuerit omnino consumta. Quæ verior est sententia, per text. notabilem *in d. l. generaliter. 24. §. proinde, versi. quid ergo. ff. de fideicomm. libertatib.* ibi. *Quid ergo si plures sit seruos rogatus manumittere, & ad quorundam precium sufficiat, ad quod relictum est, ad omnium vero non sufficiat? an cogendus sit quosdam manumittere? Et putem debere eum cogi, vel eos quorum precium patiatur, manumittere*, & paulo inferius. *Et fortasse, quis recte dixerit ordinem scripturæ sequendum*, quem tex. citat Felin. *in cap. cum dilecta. post num. 4. de rescript.* Quare cum in proposita consultatione, pensio centum ducatorum, omnibus nominatis prodesse non potuerit, consequens est, primo loco nominatos, esse præferendos, eamque illis, pro portione intra mensuram, fore applicandam, quemadmodum in d. §. proinde, precium applicatur seruis primo nominatis. Nec adducta, pro dicto Antonio, argumenta quicquam obesse cẽsebam, & primo admittebamus quidem variare posse, si variandi animo, & intentione postremo loco, prædictum Antonium nominasse, euidenter con-

ter constituisset. Aliter enim variatio non præsumitur, præsertim in clericis, *clement. 1. de renuncia.* ex quo eadem res, in eodem testamento, vel codicillis, pluribus legata omnibus debetur, qui sibi faciunt partes per concursum, *text. vbi Dd. in l. si pluribus. ff. de legat. 1. & in l. si mihi & tibi, eodem.* Similiter ergo in hoc casu, in quo d. Paul. Æmylius, non eandem rem, sed penitus, diuersam pensionem, & super diuerso beneficio constitutam, legauit. Quare minime dicendum existimabam, per nominationem factam in fauorem vnius, voluisse reuocare, iam factam in eadem charta in fauorem alterius: quoniam legata quantitatis pluribus, in eodem testamento facta, animo multiplicandi, non diminuendi priora legata facta censentur, *Ias. post alios, in d. l. si pluribus, nu. 8.*

45 Opinabar † etiam sanguinis & amicitiæ coniunctionem, minime obesse, prioribus nominatis, quoniam prærogatiua, illa ordinis, & denominationis, præualet, *l. cum pater. §. a te peto. ff. de leg. 2.* vbi commendat Paul. *num. 3.* resoluens ibi, esse casum singulariter probantem, primo nominatum esse præferendum, quamuis secundo loco scriptus, seu vocatus, sit sanguine coiunctus: Concordat post Cuma. Iaso. *in l. 1. ff. de vulgari. num. 46.* Nec obstare dicebam tex. in *d. l. si fuerit*, & similia iura supra adducta, quæ solum procedere, & loqui, intelligebam, quando testator legauit centum Sempronio, & plures sunt Sempronii, & incertum est, & obscurum, de quo ille senserit, quo casu propter incertitudinem, legatum vitiatur, *per regu. l. Duo sunt Titij. ff. de testam. tut.* Eo namque casu, si alter eorum, est consanguineus, aut amicus, huic legatum relictum censetur. Aliter vero si constare nequit, ex coniecturis, de quo testator senserit, legatum nulli debetur, quod secus est in proposita quæstione, in qua ex ordine literæ, constat, de quo senserit, *vt in d. §. a te peto.* Postremo, non obstare dicebam, propter diligentiam, Antonium esse præferendum, quoniam ea sententia admitti potest, in casu illo, quando plures ad eandem rem concurrunt, vt in casu d. *l. Cum quidam, & l. vnum ex familia*, & quando, scilicet, plures expectantes, de eodem beneficio contendunt, non vero in hoc casu, in quo diuersa res est legata, & translata, diuersa nempe pensio, & super diuerso beneficio imposita. Ita cum communi resoluit Alexand. *in l. qui duos, num. 5. & Iaso. num. 6. ff. de legat. 1. idem Iaso. in l. qui pluribus, num. 20. eod. tit.* Ex quibus pro primo nominatis, in quos fuerat pensio translata, respondebam.

46 Posteaquam † prædicta scripsimus, maturescentibus per ætatem literis, super hac quæstione exactius deliberanti, prædicta opinio difficultatem pati videbatur. Scrupulum iniiciebant verba priuilegii, Paulo indulti, quod eidem facultatem largiebatur, *transferendi pensionem, vsque ad summam centum ducatorum, distribuendam in vnum, vel plures, ab eo eligendos & nominandos,* quare cum plures nominauerit, illisque maiorem summam, quam potuerit, legauerit, satis probabile est, omnes debere admitti, pro concurrente quantitate. Faciunt enim sibi partes per concursum. Quemadmodum & in legatis iure constitutum est, (quando aliquis diuersis personis legauit ducenta, cum tantum centum haberet in bonis) omnes legatarios, per concursum, esse ad illa centum admittendos, non illos tantum, qui primo loco, aut secundo, fuerunt vocati, *text. in d. l. si pluribus. ff. de legat. 1. & in l. si testamento. §. 1. vbi notat Iaso. numer. 2. & 3. C. eodem titulo.* Et est in promtu ratio, quia in testamentis, primo nominati non possunt prætendere pinguius ius, quam alii, qui in fine testamenti fuerunt vocati, *vt docet Iaso. in d. l. si pluribus, post numer. 20.* Quod idem in contractibus probat Iaso *in l. 2. § si prius. ff. de vulgari, numer. 21. Felin. in c. cum dilecta, ante numer. 6. de rescript. declaratio. 3.* & propterea, si horum legatariorum aliquis, partem sibi legatam ab hærede, obtinuit, aliis restituere tenetur, vt est text. notab. *in l. 2. §. 1. ff. de condict. indeb.* ibi, *vel diminutionem per hoc, quod aliis quoque legata relicta sunt*, & ibi notant post alios Alexand. *num. 3. & 4. Ias. num. 2.* adducens text. similem, *in §. si quis agens, instit. de actio.* Concordat Paulus in *l. fin. §. licentiam, C. de iure deliber. num. 3. & ibi Corneus in §. & si præfatam, numer. 2. & Alexan. num. 9. idem Alexand. post alios in l. quærebatur. ff. ad Trebell.* Quibus in locis Dd. communiter resoluunt, legata plura relicta, vltra vires hæreditarias, minuenda fore, vt omnes suam partem capiant, ne quis legatariorum excludatur, contra defuncti intentionem, qui omnibus prodesse voluit, & hæreditatem suam fore, soluendo existimauit. Quare in proposita quæstione idem respondendum videtur, maxime si probaretur, Paulum credidisse, omnes has pensiones, se potuisse transferre.

Sed † in hac re aduertebam, prædicta iura, quæ habent, per diminutionem legatorum, dari concursum, quando hæreditas non est soluendo, restringenda fore, nec procedere, quando legata est species, quam minui non posse, verum est, per text. in *l. si fideicommissorum. ff. vt in possess. legat.* ibi, *Si fideicommissorum, vel legatorum seruandorum caussa, missus in possessionem, eam rem teneas, quæ mihi per fideicommissum relicta est: æquius est, me eam habere cui ea ipsa relicta est, quam te, qui alterius fideicommissi nomine, ingressus in eam es.* tradit gloss. *in l. si vero composita. ff. de milit. testament.* Iaso. qui ita limitat in *l. 2. §. 1. ff. de condict. indebiti*, firmans hoc ita tenuisse Angel. & Alexand. de quibus, ibi, idem Ias. *in l. si quis testamento. §. 1. num. 5. & 6. ff. de legat. 1.* vbi asserit Baldum hanc opinionem tenuisse *in d. l. si vero. §. Quid ergo*, & latius Paulum *in d. l. si quis testam. §. 1.* & addit duas notabiles rationes. Quarum prima est, quia is cui legata species est, dicitur legatarius speciei, ille vero cui est legata quantitas, dicitur legatarius generis; ergo ille debet præualere, quia generi per speciem derogatur, *l. vxorem. §. fœlicissimo. ff. de legat. 3. & cap. quamuis tibi, & cap. dudum, de præben. lib. 6.* Secunda ratio est, quia dominium rei legatæ in specie, statim a morte testatoris, transit in legatarium, *l. a Titio. ff. de furtis*, quod est diuersum in legato generis. Ergo (inquit) ille est præferendus, tanquam potentius ius habens, & sic cum hac opinione residet, quam indubitanter tenet Baldus *d. l. si vero in princ. §. 1.* firmans legatum specie minui non posse, per legatum quantitatis, quemadmodum nec minuitur, per legatum alterius specie. Concordat 47

Paulus, *d. l. si quis testamento. §. 1. numer. 3. ff. de legat. 1.* refert etiam Iaso. Paulum, *in l. Procuratoris. §. si plures. ff. de tributo.* Qui tamen de hac re non meminit, nisi dicas, Iasonem voluisse illum inducere, *num. fin.* quatenus ibi resoluit, illos creditores, in exigendis debitis, fore præferendos, qui primo occuparunt, aut sunt priuilegiati, de quorum numero videtur esse legatarius speciei, quia statim post mortem testatoris efficitur dominus, *vt in d. l. a Titio. ff. de furt. & ius habet in re.* Aliter non video qualiter Alexand. *in d. l. 2. §. 1. ff. de condict. indeb. & Iaso. in d. l. si quis testamento. §. 1. ff. de legat. 1.* pro hac sententia, Paulum eo loco citarunt. Hanc etiam opinionem tenet Baldus *in l. 2. in fin. C. ad legem Falcid. per d. l. si fideicommissorum.*

48 Sed † nihilominus, contrariam sententiam tenuit Angelus, *in d. l. Quærebatur. ff. ad leg. Falcid.* per text. ibi, cuius dixit, non fuisse memorem Baldum in *d. l. si vero composita. §. 1. ff. de testam. milit.* vbi contra tenuit, & in *d. l. 2. §. 1. ff. de condict. indebiti*, vbi dubius respondit. Inquit enim Angelus, hanc opinionem probare, text. *in d. l. Quærebatur*, vbi debenti 400. fuit legata liberatio, & Seio. 400. fuere legata, & quia facta computatione, in testatoris patrimonio, non extabant, nisi illa 400. quorum fuit legata liberatio, respondit Iureconsultus, diminutionem eorum esse faciendam, & mihi præstanda fore, pro rata legati facti Seio, ibi, *quare cum nomen, minus soluendo est in hæreditate, eius quod exigi potest, pro rata fit distributio,* iuncto. §. *cum igitur.* Inquit ergo Angelus, ibi, esse textum contra Baldum, quod minui debuit legatum speciei, quemadmodum esset diminuendum, si esset generis, seu quantitatis: Eandem sententiam tenet ipse Angel. *in l. si certarum. §. si miles. ff. de testament. milit.* sequitur eum Paulus sibi contrarius *in l. 1. C. communia. de legatis, numer. 3.* idem Paulus *in l. Quærebatur. ff. ad legem Falcid.* vt ibi firmat Alexand. *post num. 5.* quo etiam in loco ipse Alexand. Angeli sententiam probat, quamuis *in d. l. 2. §. 1.* remissiue tantum loquutus, neutram opinionem probauerit, vt obseruauit Iaso. ibi, qui tamen incaute firmauit Angelum, & Alexand. priorem sententiam tenuisse, quod profecto falsum est, vt ex ipsis constat. At quia Angelus non declarat, qualiter *in d. l. Quærebatur*, eius intentio probetur, eleganter Alexand. *ibi, in fine,* inquit, in casu illius text. illam liberationem 400. legatam, continere legatum speciei, non quantitatis: Aliter enim quando sunt legata. 100. quæ Titius debet, hæres teneretur, illa legatario persoluere, quamuis ille efficeretur, non soluendo, aut aliter illa centum perirent, quia legatum generis non perit, sed semper debetur. Quod falsum est, vt ibi per eum. Ergo (inquit) legatum, de quo ibi, erat speciei, non quantitatis: quamuis Paulus & Iason vbi supra, crediderint legatum illud liberationis, fuisse quantitatis, non speciei. Quare hanc opinionem vti æquiorem, sequitur Alexand. ibi. Nec obstant in contrarium adducta, quoniam vt Angelus, & supra relati docent, solum procedunt, quando hæreditas est soluendo. Ex quibus in hypothesi proposita, cum Paulus Æmilius, non potuerit disponere, nisi de pensione centum ducatorum, respondendum est, diminutionem primo nominatorum esse admittendam, & proinde omnes alios ad concursum pro rata: & si concedamus, hasce pensiones continere speciem, non quantitatem. Quod eo magis tenendum est, si cum Iasone *in d. l. si quis testamento. §. 1. num. 7.* & Paulo ibidem firmiter teneamus, legata debitorum nomina, quantitatem non speciem continere, quod vtiq; verius nobis esse videtur.

Sed † vt iam eo reuertamur, vnde digressi sumus, in materia nominationis emphyteuticæ, 49
quam tractamus, id obtinet, vt quamuis secundo, aut tertio loco nominatus, contendat se grandi amicitia, aut sanguine coniunctum (quod magni est momenti) ac proinde præferendum, per *d. l. si fuerit. ff. de reb. dubiis, cum aliis supra adductis,* nihilominus tamen ordo scripturæ præualet, efficitque, vt primo loco nominatus præferendus sit, vt *in d. l. cum pater. §. a te peto. ff. de legat. 2. cum aliis.*

Ex quibus deducitur notabilis, ad propositam quæstionem declaratio, vt ea quæ diximus, pluribus hæredibus institutis, puta Titiis, cum plures sint Titii, nulli hæreditatem deberi, nec emphyteusim, propter incertitudinem vitiantem, ex regula *l. Duo. 30. ff. de testam. tutela,* intelligenda sint, nisi adsit amicitiæ, & sanguinis coniunctio: hæc enim personæ incertitudinem excludunt, ac proinde illi Titio hæreditas, & emphyteusis, adiudicanda est, qui sanguine, aut amicitia, grandi, se fuisse defuncto coniunctum probauerit, quoniam de hoc videtur loquutus testator, qui simpliciter Titium, hæredem instituit, aut emphyteusim legauit, quod tradit Socinus *in l. si ita fuerit. ff. de rebus dubiis, col. 1.* & sic satis fit Iurisconsulti responso *in d. l. In tempus. §. 1. ff. de hæred. instit.* neganti emphyteusim legatam, seu hæreditatem vlli, nisi apertissimis probationibus, doceat de se intellexisse defunctum. Satis enim id docet, si se solum amicitia, aut sanguine coniunctum probet, *vt ibi per Dd. & in locis supra citatis*, vbi doctores resoluunt, iuris præsumptiuas probationes, & coniecturas sufficere, quia liquidissimas, & indubitatas probationes inducunt, *vt in l. fin. ff. de probat. tradit Valascus de iure emphyteut. quæst. 7. nu. 33. & Menoch. lib. 2. de arbitrariis iudic. quæstio. casu. 115. Dd. in d. l. in tempus. §. 1. ff. de hæred. instit.* vbi præ ceteris Imola *num. 6.* tradit Aymon. *lib. 1. consil. 147. num. 2.* resoluens, sufficere in hac materia, quamuis coniecturam voluntatis, qualis est quæ deducitur, ex aliqua naturali ratione, aut etiam, quia vnum ex pluribus, testator præhonorauit, plus ceteris illi relinquens. Vbi etiam *consi. 77. nu. 12.* intelligit satis esse, quod nominatim fuerit vocatus, alii vero in genere.

Secundum † hæc, igitur intelligendus est 50
textus *in d. l. Duo sunt Titij. 30. ff. de testament. tutela,* vt solum procedat, quando plures eiusdem nominis, sunt vocati nomine collectiuo, omnibus conueniente, vel etiam proprio, in circulo tamen posito, forma hic, pro faciliori intelligentia, designata, taliter, quod nullo prorsus modo cognoscere possimus, quis primo, quisue secundo, aut nouissimo loco fuerit descriptus, aut nominatus.

Hac



Hac cautela vsi fuerunt fratres Minores, quibus Vrbanus Pontifex Maxim. præcepit, vt tres eximios sui sodalitii, viros nominarent, ex quibus vnum Cardinalatus dignitate decoraret. Illi tres sui ordinis fratres, quos eo honore, & dignitate, dignos iudicarunt, in circulo, modo hic figurato, descriptos Summo Pontifici nominarunt, ne ab ordine literæ, summus ille sacerdos, primo loco nominatum, seu descriptum, digniorem iudicare posset. Cuius rei nouitate admiratus Vrbanus, respondisse fertur, *quia ordinem peruertistis, ordinem & ego peruertam,* omissisque nominatis, in purpuratorum patrum sacrum ordinem, illorum Generalem cooptauit. Huius rei mentionem facit Felin. *in cap. cum dilecta de rescript. colum. 4. versi. per istam regulam, & Cardin. Alexand. in cap. Nicolao, de appella. colum. 1.* referentes id prius retulisse Angel. *in l. Generaliter. §. siquidem. ff. de fideicommiss. liber.* quod minime Angel. dixit, vt adnotauit Tiraquell. *lib. de primogeni. quæst. 19. numero sexto.* Nec hanc rem, primi excogitarunt fratres Minores: nam & id, ante eos intellexit Caius Iureconsultus, primo lib. institutionum, *si in testamento,* (inquit) *quis plures seruos manumiserat, quam lex concedat, illis tantum libertas debetur, qui prius sunt nominati, vsq; ad concessum numerum. Quod si omnes confuse nominati fuere, vt ordo nullus pateat, nulla est libertas. Ideo & si testamento, manumissio adscripta fuerit, in circulo, vt qui prior, posterior ne nominatus sit, agnosci non possit, nulli libertas valet.* De hoc quoque circulo, in eodem sensu meminisse videtur, text. *in Authen. de defensor. ciuit.* vbi Accursius hoc non satis percepit. Hunc circulum, teretem orbem nuncupat Ausonius, de quo meminit, *in lib. septem Sapientum,* vbi Solonem ita pronunciantem inducit.

De more Græco prodeo in scænam Solon
Septem Sapientum fama, cui palmam dedit,
Sed fama non est iudicij securitas,
Neq; me esse primum, vestrum vnum existimo,
Aequalitas, quod ordinem nescit pati.
Recte olim ineptum, Delphicus lusit Deus
Quærentem, quisnam primum sapientum foret,
Vt in orbe tereti, nomen incertum incideret,
Ne primus esset, ne vel imus quispiam,
Horum e medio prodeo gyro Solon.

50 Ex † eodem denique incertitudinis fonte deducitur, inutilem esse nominationem, si emphyteuta Petrum, aut Antonium, hæredem instituat, aut ad emphyteusim nominet. Certi enim non sumus, cui magis dare defunctus voluerit. Quare & si verum sit, quod vnum tantum voluerit nominare; quia alternatiuæ natura ea est, vt vnicum tantum legatum inducat, non plura, *vt habetur in l. Cum illud, aut illud, ff. quando lega. cedat. l. Si illud. ff. de legat. 2. & l. Si quis seruum, §. 1. eodem titul.* nihilominus tamen propter incertitudinem vitiati nominatio debet, *ex regula d. l. Duo. 30. ff. de testam. tutel. & l. Si ita fuerit. 11. ff. de rebus dubiis.* Caue tamen, quia iusta ratione defendi oppositum potest, si consideres, alternatiuam positam inter personas honoratas, resolui in coniunctam, vt Imperatori placuit *in l. penultim. C. de verborum signification. vbi id Dd. vnanimiter notant.* Quare si emphyteuta nominauit Petrum, aut Antonium, perinde est, ac si copulatiue vtrumque nominasset. in qua specie, iuxta ea quæ supra proxime resoluimus, Petrus præferri debet, quia primo loco nominatus. Sed non placet, quia vt Iaso *in d. l. penultim.* adnotauit, *limit. 8.* illius l. regula non procedit, quando res de qua agitur, ad plures peruenire non potest, qualis est emphyteusis apud nos, quam duo non capiunt, vt supra resoluimus. Ego tamen his non obstantibus, in fauorem primi nominati, id est, Petri respondendum existimo, ex eisdem iuribus & rationibus, quibus probauimus inter copulatiue nominatos, primo loco nominatum præferendum esse: nulla enim mihi se offert inter has nominationum species differentiæ ratio.

Hic † antequam ad vlteriora progrediamur, digressio non est inutilis, & tam in praxi, quam in scholis frequens alternatiuæ obligationis syntagma, & pertractatio, quam hic interserere non abs re, visum fuit, propter difficilem iurium in hac re controuersiam, & reliqua huius quæstionis argumenta prosequemur. 51

Pluries Senatus noster dubitauit, *an stante pacto, in emphyteusi apposito, quod emphyteuta pro domini pensione soluat vnum par gallinarum, aut centussim, vel etiam si dominus promittat finita emphyteusi, renouare Titio, vel Sempronio eius fratri, vel Titio simpliciter, vel tantundem loco interesse ei soluere, in primo casu electio sit domini, vtrum velit petere, an vero emphyteuta vtrum velit soluere? In secundo, vel tertio renouando Titio, excludatur Sempronius, & ita electione vnius, tollatur obligatio, & cuius sit electio, vel debitoris, vel creditoris?* Pro huius quæstionis resolutione alternatiuarum materiam explicare operæ precium fore arbitramur. Et imprimis dictiones alternatiuæ sunt hæ, *Aut, vel, seu, siue,* vt per Panorm. *in cap. inter ceteras, de rescript. numero quarto.* Sed differunt, quia dictio, *vel,* & dictio, *seu,* aliquando dispositionem amplificant, *vt est videre per Iason. in l. Cum quidam. C. de verborum signification. numero primo, & additio. Panorm. d. numero quarto.* Aduerto autem alternatiuarum sex esse species. *Prima* est alternatiua rerum, quando quis promisit illam, aut illam rem dare, hoc, vel istud facere. *Secunda* est personarum, & hæc quando-

que resoluitur in coniunctam, *vt notatur in l. Cum quidam. C. de verborum significatión. vbi Iaso.* Tertia est temporis, de qua *in l. Si decem, aut quindecim, ff. de verborum obligation. & in l. Si ita relictum. §. fin. ff. de legat. 2.* Quarta est locorum, *vt in l. 3. ff. de eo, quod certo loco, & in l. 3. §. qui Stichum. ff. de legat. 2.* Quinta est, locorum & rerum simul, *text. d. l. 3. § perinde. ff. de leg. 2.* Sexta est rerum & personarum, & locorum simul. Has sex alternatiuarum species, tradunt Dd. *in §. huic autem, Inst. de actio. vbi Iaso. nu. 4. & Cassan. in consuet. Burg. rubr. 9. §. 21. post princ. nu. 4. & Angel. in d. §. huic, vbi Lite.*

52 His † addo septimam speciem alternatiuæ, quam solitus sum appellare, alternatiuam ordinis, de qu *lib. 4. titu. 72. in princ. Ordinatio.* ibi, *ou se casar de mandato de seu padre, & de sua madre,* & *in l. In coniunctione, C. de nuptiis.* In hac enim alternatiua, nos in commentariis illius Ordin. resoluimus, matris consensum non sufficere, nec filiam excusare patre extante. Et hoc est quod forsan Felin. voluit, *in capi. inter ceteras, de rescript. numer. 4. fallen. 1.* quatenus resoluit, in alternatiuis cessare electionem, quando constat de mente loquentis, quod voluerit ordinem scripturæ obseruari, citans inter alia, quæ notatur *in l. Cum pater. §. a te peto, de legat. 2.* ibi, *tuis, siue meis, & l. Haredes, 57. §. fin. ff. ad Treb.* Quod vtique adnotandum est, pro his, quæ nos alibi scripsimus, in emphyteuticæ concessionis materia, in habente, facultatem eligendi filium, vel filiam.

His sic præmissis, quærunt Dd. in his alternatiuis, *cuius sit electio, debitoris ne, an vero ipsius creditoris?* Et proculdubio omnes indifferenter resoluunt, in contractibus, electionem esse debitoris, per text. *in regula, in alternatiuis, de regul. iur. in 6. vbi Dynus, & in l. Plerumque, in fi. ff. de iure dot.* ibi, *Nam cum illa, aut illa res promittitur, rei electio est.* & ibi not. Dd. & ibi gloss. plura iura refert. Ideoque hanc resolutionem, pro regula ponit Felin. *in cap. inter ceteras, numero quarto, de rescript.* & est communis, *ibi, & in l. Lucio Titio, ff. de legat. 2. & in l. Plane. §. penultim. ff. de legat. 1. & in l. Qui duos, vbi Alexand. ff. eod. Dd. in §. huic autem. Instit. de actio. & in l. 4. §. ex conuentione. ff. de re iudic.* ex quorum traditionibus multa in materia harum alternatiuarum, resolui possunt, tam in scholis vtilia, quam in praxi necessaria. Quamuis Petrus in suo directorio electionum, *quæst. 15. numero tertio, volum. 8. tractat. fol. 37.* huius materiæ tractationem inspectis his, quæ late scripsit Felin. *d. c. inter ceteras,* superuacuam existimauerit. Sed non considerauit vir ille multa Felino addi posse, quæ ab eo omissa, & prætermissa sunt, aut forsan ignorata.

53 Primo † igitur, prædicta regula restringenda est, vt solum procedat, quando illa alternatiua fuit apposita, vt vtraque res sit in obligatione, & solutione: secus vero, si altera tantum in solutione, altera vero in obligatione, vt melius caueatur creditori, quoniam tunc dicitur illa adiecta in fauorem creditoris: ac proinde neganda est debitori electio, ne quod in fauorem creditoris proditum est, ei noceat, contra not. *in l. quod fauore. C. de legib.* Hæc fuit Bart. sententia post Gulielm. *in l. Quamuis. ff. de pigno. per text. ibi.* tradit Alciat. *in l. Creditor. ff. si cert. petat. in princ.* adducens etiam in argumentum text. ibi. quatenus probat creditorem, qui pignus accepit, posse ad debitum agere. Et tradit Decius *consil. 12. num. 2. sequitur Gozadin. consil. 42. Curtius iun. consil. 132. Alciatus respons. 109.* regulam hanc, seu traditionem, probans: a Decio tamen in specie ab eo proposita recedit, & si Barto. placuerit *in l. quamuis, supra citata.* Pro Alciato tamen habes Paulum *consil. 295. lib. 2. & Afflict. quæst. 397.* Caue tamen, quia Alciatus, non loquitur in casu Bart. *d. l. Quamuis,* sed in eo casu, quo ego tibi infra certum tempus centum promisi, aut rem aliquam in solutum, dare, in qua specie recedit a Decio. Constituit Barto. exemplum, *in d. l. quamuis,* in eo, qui promisit mihi, centum soluere in festo Paschæ, aut idoneum pignus tradere: hoc enim casu *inquit Bartolus,* me inuito, debitor ille pignus non præstabit, adueniente die, sed magis soluere compelletur illa centum promissa, si ego petam: quoniam pignoris adiectio fuit apposita pro meliori cautione, & cautela mea: ideoque mihi nocere non debet, quin possim debitum exigere, sequitur alios referens Curtius, *in l. Cum proponas. C. de transactio. nu. fin. Tiraquell. de retract. lign. §. 3. gloss. 3. lib. 1. num. 16. fol. 135.* & communem dicit Ripa, *in cap. inter ceteras, de rescript. numer. 70.* Confirmat hanc opinionem Barto. optima consideratione. Inquit enim, si contrarium diceremus, iam esset in manu, & potestate debitoris, nunquam soluere, siquidem præstando pignus liberatur, quod vtique admitti non potest per text. *in l. nam vtique, in princ. ff. de eo, quod certo loco,* & Bartolum in hoc sequuntur ibi Dd. communiter, & post Bald. & Paulum quos refert, Alexander *in l. qui duos, post numer. 3. ff. de legat. 1.* commendat Iaso. *in §. huic autem, num. 10. Instit. de actio. & in l. 1. ff. qui satisdare cogan. num. 5. & 6. idem Iaso. in l. 4. §. ex conuentione. ff. de re iudi. num. 6. & in l. Cum proponas. C. de transactio. in fi. Felin. d. cap. inter ceteras, num. 4. fallen. 2. & ibi Rip. num. 70. Neguzantius, de pignoribus, 1. membro. 5. part. princ. Decius consil. 12. Cassaneus in consuet. Burg. rub. 9. §. 21. post princ. num. 1. Ripa d. l. 4. §. ex conuentione, num. 2. & 3.* communem dicit Alciatus *responso. 109. num. 4. versi. non obstat. Cotta verbo, alternatiuarum, & Gomez. de contract. cap. 11. num. 42.* vbi pluribus comprobat. Ex quibus palam liquet hanc esse communem resolutionem, a qua nullatenus in praxi recedendum est *ex Ripa in d. §. si ex conuentione,* & vltra prædictos auctores, hac sententiam eleganter comprobat Laurentius Siluanus, *consil. 24. num. 4.* Induci pro hac sententia potest, text. *in l. Creditor. 2. & ibi Decius, num. 2. ff. si cert. petat.* vbi resoluit, creditori agenti ad capturam, personæ, debitoris, non obstare, quod sit immissus in possessionem bonorum, ipsius debitoris, quoniam illa immissio, fuit introducta, in fauorem creditoris, pro eius tutiore cautione: ideoque sibi nocere non potest.

Ceterum † Iaso. *in d. l. 1. ff. qui satisda. cogan. num. 6.* ab hac communi opinione recedens dicit, se de ea sæpius dubitasse, quasi in exemplo Bartoli, non reperiatur, vnde induci possit, illam pignoris adiectionem, fauore creditoris fuisse impositam. Quin imo, magis dicendum est fauore rei, & sic debitoris, adiectionē factam fuisse, vt præ- 54

stito

ftito pignore, solutionis terminus, in longius tempus, iudicis arbitrio moderandum prorogetur. Ex quo excluditur, obiectio Bartoli dicentis, hac opinione retenta, fore in manu rei, nunquam soluere. Hoc enim non sequitur, quia arbitrio iudicis terminus prorogabitur, idque dicit esse de mente Saliceti, & Fulgosii, *in d. l. Quamuis.*

Hanc opinionem, contra communem magis probat Decius *in d. cap. inter ceteras, de rescript. ad finem,* Iasonis nullam mentionem faciens, quod mirum est. Quoniam si ei ea sententia non placuisset, vtique Iasonem, prout semper est solitus, carperet. Hanc etiam opinionem, magis probat, Ripa *in d. l. 4. §. si ex conuentione, numero quarto, per tex. in §. praced. eiusdem l.* vbi probatur, reum condemnatum, vt infra certum tempus soluat, aut satisdet, electionem habere, vtrum velit facere. Ex quo idem videtur dicendum in promittente soluere, aut pignus præstare, sumpto argumento, de iudice ad creditorem, quod in iure tenet, *vt in l. Omnem. ff. de iudiciis,* subditque, non obstare texr. *in d. §. si ex conuentione,* quoniam ibi debitor fuit simpliciter condemnatus soluere, ideoque per pignoris dationem subsequutam, non fuit nouata obligatio: secus vero est dicendum, quando fuit a principio conuentum, vel iudicatum alternatiue quod soluat, vel satisdet, quia tunc satisdando liberabitur, *per regu. alternatiuarum, de qua supra,* & sic concludit, licet opinetur durum esse recedere a communi opinione, quā fuit etiam sequutus Barbatia. *consil. 15. volum. 2. col. antepenultim.*

Circa hoc tamen aduertendum est, quia idem Ripa, *in d. capit. inter ceteras, de rescript. numero septuagesimo,* refert Fulgos. *d. l.* quamuis tenuisse contra Bartolum licet Iaso. aut Decius de illo, non meminerint, quorum sententiam ipse Ripa improbans, communem defendit, immemor eorum quæ scripserat, *in d. §. si ex conuentione.*

55 Ceterum † Neguzantius *de pigno. 1. membro. 5. part. numero quinto, cum sequent.* aliter resoluens, communem defendit. Inquit enim Iasonem, *in d. l. 1. ff. qui satisdat. cogun.* cuius solum meminit, non bene degustasse mentem, & intentionem Bartoli, qui non loquitur eo casu, quo vtrunque alternatiuorum est in solutione: sed quando eorum alterum, est in solutione, alterum vero, id est, pignus est pro tutiori cautione adiectum. Quo casu, inquit Bartolus, & bene, cessare electionem, quæ solum concedi debet, quando altero præstito, alterius obligatio extinguitur, vt in casu, quo quis promisit, Stichum, aut Pamphilum: nam si Stichum præstet, liberabitur, a Pamphili præstatione, & hic est casus electionis. At in exemplo Bartoli, quando promisit centum, aut pignus date, præstito pignore non liberatur, quo minus possit, obligari ad præstanda centum. Ergo non est cur possimus, in hoc casu concedere electionem, & sic communis opinio a Neguzantio defenditur. Sed non soluit vir ille, vrgens argumentum Ripæ, *in d. §. ait prætor. l. 4. ff. de re iudic.* vbi Vlpianus, postquam docuit, condemnatum soluere, non liberari, si satisdare sit paratus, subdit, *ex Labeonis sententia, hoc verum esse, nisi hoc quoque in sententia adiectum sit.* Ecce ergo text. clarum, volentem, per satisdationem liberari, eum qui soluere, aut satisdare tenebatur, & sic in exemplo Bartoli respondendum est, satisfacere debitorem, si statuta die pignus præstet. Nec satisfacit argumentum Bartoli, quoniam vt Iaso. considerauit, per hoc debitor, non liberatur omnino, sed iudicis arbitrio, prorogabitur terminus solutionis. Et hoc est, quod voluit Iurisconsultus *in l. penultim. ff. quibus mod. pign. vel hypoth. solu.* vbi stante pacto, quod colono non soluente, bona illata censeantur hypothecata, respondet per satisdationem, a colono præstitam, libera manere bona illata, non autem colonum a soluendo, qui tamen fuerat, ibi obligatus alternatiue, satisfacere, aut bona illata obligare. Ex quo iam ibi est text. qui labefactat Bartoli, & aliorum opinionem, quatenus intellexerunt hac sententia retenta, debitorem omnino liberari. Concedimus enim illum liberari quoad hoc, ne possit statim circa debitum vexari. Siquidem satisfacit, præstando pignora. Arbitrabitur tamen iudex, tempus, intra quod debeat illa luere. Et hæc videtur vera sententia, *per supra dicta.* Sed durum erit, vt inquit Ripa, a communi recedere, a qua neque Alciatus, *in dicto responso. 109.* ausus est recedere.

Ex † his proculdubio videtur resoluendum, 56 optune aliquando Senatum nostrum censuisse, stante clausula in emphyteusi, quod emphyteuta soluat vnum par capponum, aut centussem pro illis, electionem esse emphyteutæ, & non domini ex dicta communi sententia Bartoli, quę prædicto casui nullatenus potest adaptari. Siquidem vtrumque alternatiuorum, est in solutione positum, ita quod altero soluto omnimoda consequatur liberatio. Quo casu Bartolus, & communis fatetur, electionem spectare ad debitorem, quasi in eius fauorem sit illa alternatiua apposita; quod Bartolus negat, in exemplo suo, de soluendo, aut pignore præstando: quoniam tunc pignus est adiectum, in fauorem creditoris, pro eius tutiore cautione, *vt Neguzantius in d. 1. membro. 5. part. declarat.* Ergo illa Bartoli & communis sententia, non modo non obstat huic Senatus Aresto, imo magis illud fouet, ac confirmat.

Vlterius † in specie, a nobis superius proposita, res indubitata videtur: siquidem verba dirigūtur, ad ipsum emphyteutam, nempe quod soluat, vnum par capponum, aut cētussem pro illis. Hoc enim casu, quando verba diriguntur, ad reū, siue simus in contractibus, siue in legatis, semper electio est debitoris, *vt notant omnes, in l. Lucio Titio. ff. de legat. 2. Felinus in d. c. inter ceteras, numero quarto, ante fallent. 2. Alexand. in l. qui duos. ff. de legat. 1. num. 3.* qui hanc dicit communem sententiam, *& nos inferius tractabimus.* Qua ratione Bartoli sententia, & communis, de qua supra, solum procedit, quando sumus in dubio, quia verba sunt impersonaliter prolata, non ad dominum, aut emphyteutam relata, & ita omnes loquuntur. Quo casu etiam Arestum nostri Senatus admitti deber, *per supra dicta,* ne dum in casu proposito. Et ne in praxi hallucinemur, constituo exem- 57

plum. Quando sub hac forma, fuit concessa emphyteusis, *concedimus in tertiam generationem, pro annua pensione, duorum capponum, aut centussem.* Aduerto tamen, quia eleganter dici potest, in hac quæstione, cessare electionem: siquidem ponitur alternatiua, inter speciem, & pecunias, quo casu Imol. eleganter intellexit cessare electionem, quasi illa pecunia, sit magis adiecta æstimationis gratia, quam electionis præstandæ: de quo inferius agemus.

58 Hanc † quæstionem in terminis mouet Afflict. *in capite primo de prohiben. feud. alien. per Federic. versic firmiter, numero decimo tertio, cum sequent.* vbi præsupposito, quod feudatarius, tenetur domino ad tria alternatiue, nempe, aut personaliter dominum in prælio comitari, aut substitutum idoneum delegare, aut tot pecunias mittere, quæ medietatem valoris fructuum feudi consumant, & exhauriant, quærit *ad quem spectabit electio?* Et primo dicit, quod de iure communi spectabit ad feudatarium, per regulam, *in d. capit. in alternatiue, de regul. iur. in 6. & l. plerumque in fin. ff. de iure dotium, cum aliis, de quibus supra.* At, in contrarium arguit, quod electio spectat ad dominum, *ex gloss. in §. præterea, inter duos, verbo, per pares Curiæ, eodem titulo,* vbi in simili scribitur, electionem ad dominum spectare.

Secundo pro hac parte inducit, dominum petentem seruitium, actoris partes sustinere, & ideo in iudiciis electionem, ad actorem pertinere, *l. inter stipulantem. §. si Stichum, ff. de verborum obligation. & not. in authen. habita. C. ne fil. pro patre.*

Tertio inducit text. ibi, quatenus dicit posse feudatarium, præstare substitutum, domino acceptabilem, quod verbum innuit, *dominum posse quemcunque repellere, quasi non acceptabilem.*

59 Tandem † resoluens huiusmodi quæstionem subdit vassallum, & dominum, mutuo inter se amicitiæ officia præstare debere, quia non decet alterum, alteri esse onerosum, *vt in l. Si seruos, ff. de pignor. actio.* ac proinde debet eligere mediam viam, *vt in authen. de consulib. in princ. seu temperamentum, vt in l. 2. §. si quis tamen. ff. si quis cautio. l. continuus. §. 2. ff. de verbo. oblig.* eo maxime quia dominus, & vassallus iudicantur, a pari. *vt in capit. primo, ad fin. de forma. fidel.* Quocirca quid dominus sibi non vult, nec vassallo, debet imponere, & econtra, *vt in l. inquisitio. C. de solut.* Ex quibus si vassallus sit ad bellum inhabilis, quia claudus, senex, vel armorum expers, debet dominus substitutum admittere acceptabilem, aut pecunias recipere: alias vero, si sit strenuus miles, & exercitatus, vt dominum personaliter associetur, cōpellendus est: ac proinde concludit huius quæstionis decisionem, iudicis arbitrio committendam fore, qui rem cum iudicio perscrutetur, & tam domini, quam vassalli malitiam coerceat.

60 Isthæc † ad emphyteutam adoptari, quamuis posse videantur, regulariter tamen non possunt, quia in vassallo, solum agitur de seruitio, domino præstando, citra vtriusque incommodum. Nostra autem quæstio id non patitur, quia dominus recusat centussem recipere, quia hodie par capponum multo pluris æstimantur, quos emphyteuta præstare recusat, quia sua magis interest centussem soluere. Quæ controuersia iudicis arbitrio moderari non potest, nec dirimi: quemadmodum illa vassalli, & domini: quamuis eo casu, quo cessaret maior valor, ea lis possit iudicis arbitrio definiri. Quocirca resoluenda est huiusmodi emphyteutæ dubitatio, *per iura superius citata,* quod ipsius, & non domini sit electio, nisi emphyteuta in domini contemptum, velit potius centussem præstare, quod admittendum est, ne dolus, & fraus fiat.

Fallit † secundo in beneficiis, & gratiis alternatiuis, quia electio est eius, cui fit gratia, *text. est in l. 2. C. de Castrens. & minist. lib. 12.* quem extollunt Bald. & Angel. *in l. fin. ff. de constit. princ.* qui tradunt, quod si vacantibus pluribus officiis, princeps mihi vnum alternatiue conferat, quod possum eligere, quod mihi magis placuerit. Ita resoluit Felin. *in d. c. inter ceteras, numer. 4. fallen. 4. de rescript. Alexand. in l. qui duos, ff. de legat. 1. numero quarto, Iaso. in §. huic autem. Instit. de actio. numer. 7. tradit Tiraquell. de nobilit. capit. 37. numer. 55. Paul. Parif. consil. 7. numer. 41. volum. 2.* quod non modo procedit in gratia facta motu proprio, sed etiam ad partis instantiam, *vt resoluit Alex. in d. l. qui duos, & Felin. d. fallen.* Ex quibus tamen resoluendum est, hoc non procedere in gratia beneficiali. 61

Tertia † infertur, fallentia ad regulam, vt non procedat in legatis, in quibus etiam legatarii, non hæredis est electio, *vt in l. Lucio Titio,* vbi gloss. & Bartol. & Peralta *numero quinto,* dicit communem. *ff. de legat. 2.* (limitans ante *numer. 10.* quando hæres mora non commissa, legatarium præuenit alteram rem præstans.) *Felin. in d. c. inter ceteras, de rescript. numer. 4. fallen. 3. Alexand. d. l. qui duos, in princ. de legat. 1. & omnes in l. Plane. § penultim. eodem titul. Canonistæ in cap. indicante, de testam.* vbi Barba. *ante numer. 11.* qui hanc materiam, eleganti distinctione resoluit. Aut enim (inquit) verba ad hæredem diriguntur, in hunc modum: *Titius habeto illud, aut illud,* & sine dubio ipsius erit electio, *vt in l. plane. §. penultim. ff. de legat. 1. Menesius, in l. Si illud, aut illud, numer. 3. ff. de legat. 2. tradit Couarru. in cap. indicante, de testam. num. 3. Iacob. Bon. lib. ænigmatum, cap. 4. in princ.* Aut verba sunt indefinita, ad neutrum relata, puta, *lego Titio illud, aut illud,* & pariter legatarii erit electio, fauore testamenti, vt plenior fiat interpretatio, *text. in d. l. Lucio Titio,* & ibi gloss. & Dd. communiter, cum hac distinctione concordant Dd. communiter in iuribus supra citatis, & Iaso, *in l. Cum quidam, C. de verb. signif.* tradit Gomez. *in epito. contro. c. 11. num. 43.* qui dicit communem, & plures citat. Quamobrem circa duo membra distinctionis, nullatenus dubitandum est. Quamuis Imol. *in d. l. plane. § pen. ff. de leg. 1. & Alciatus in l. Si quis stipulatus. ff. de verb. oblig.* contrarium tenuerint, *per l. qui concubinam, 29. §. 1. ff. de legat. 3.* vbi probatur ad vxorem legatariam, verba fuisse directa, & nihilominus respondetur, ad illam non spectare electionem, sed ad hæredem, quem casum crediderunt omni solutione maiorem: sed cogitandum reliquerunt. Sed non aduertunt ij auctores, 62

ctores, verba testatoris de quibus ibi, non fuisse directe in vxorem prolata, sed magis ad hæredem. Inquit enim testator *vxor habeat*, scilicet ab hærede meo: non dixit habeto, vt eleganter considerauit Aretin. *in dict. leg. plane. §. penultim. cum eo ibi transit Iaso. numer. 7.* Vel cogita an possis dicere, quæstionem de qua ibi, declarationem, quæ pertinet ad hæredem, non electionem concernere. Ex quo iam ille text. magis facit, pro communi resolutione, quicquid dubitauerint Imola, & Alciat. *vbi supra.*

63 Quoad † postremam vero partem distinctionis, quæ habet in dubio, quando verba ad neutrum diriguntur, legatarii electionem esse, id semper apud me satis ambiguum fuit. Plurima enim vrgent, per quæ, in puncto iuris credimus, contra communem fore resoluendum.

Et primo in contrarium adducimus text. *in l. Titio vsusfructus. 21. ff. de vsufruct. legat.* vbi Iurisconsultus in hæc verba, *Titio vsusfructus Stichi, aut si nauis ex Asia venerit, decem legata sunt, non petit vsumfructum, antequam conditio decem existat, vel deficiat, ne potestas hæredi vtrum velit, dandi auferatur.* Ecce casum singularem, in quo fuit legatum alternatiuum? Et respondet Paulus, ad hæredem spectare, *vtrum velit dare.* Huius responsi verba auctores, qui ibidem post Bartol. scripserunt, intellexerunt in illo casu, fuisse electionem a testatore hæredi datam, quod vtique falsum est. Quoniam in eo text. non fuerunt verba, ad hæredem prolata, seu directa, sed simpliciter vsusfructus, aut decem legata sunt, nec vllum adest verbum, ex quo colligere possis hæredi fuisse electionem commissam.

64 Vnde † Angelus *in dict. leg. Lucio*, & alii contendunt, in casu illius text. concessam esse hæredi electionem, quia inter vtrumque alternatiuorum, maxima erat differentia: quod etiam minus placet, quoniam id imprimis non constat. Potuit enim Stichi vsusfructus, decem legato, & non pluris æstimari. Vlterius ista resolutio est contra text. *in l. Lucio Titio. ff. de legat. 2.* vbi fuit apposita alternatiua, inter legatum proprietatis, & vsusfructus eiusdem: inter quæ plurimum interesse constat. Quocirca Cuman. *in dict. leg. Lucio*, intellexit hunc text. procedere, quando in legato alternatiua ponitur inter genus, & speciem, prout est legatum vsusfructus Stichi, & pecuniarum. quod etiam non placet, *per notata in l. Legato generaliter. ff. de legat. 1.* Vbi inter hæc, nulla constituitur differentia, sed quod minus est debetur, *tradit Peralta, in d. l. Lucio, Titio, ante nu. 3. pag. 258.*

Quarto dici potest, quod *dict. lex Lucio, Titio*, procedit, quando testator legat, res proprias sui patrimonii, quo casu concedi potest legatario electio, secus vero quando legat alienas. Et sic procedit text. *in dict. leg. Titio.* Sed neque hoc placet, quia quemadmodum *in dict. leg. Lucio*, respondetur, electionem ad legatarium pertinere: vt facilius defuncti voluntas exequatur, quando legauit res proprias: Ita idem est respondendum, si legauit res alienas, quoniam militat eadem ratio. Vlterius hic intellectus, quamuis quoad *dict. leg. Lucio Titio*, admitti possit, propter verbum, *vindicare*, quod præsupponit, dominium fuisse legatarii, ac proinde rem fuisse testatoris, quoad *dict. leg. Titio*, nimis diuinat. In eo enim casu non manifestatur, Stichum fuisse alienum, non defuncti, non item pecuniis illum caruisse, vt sic admitti possit, legatum fuisse factum, de re aliena. quin imo contrarium innuunt illa verba, *Vtrum velit dandi*, propter naturam verbi, *do*, quod importat dominum facere. *Vt nos alibi diximus.*

Vides † itaque casum *in dict. leg. Titio*, omni 65
solutione maiorem, in quo probatur, alterna tiuorum legatorum, hæredis, non legatarii, esse electionem, nisi diuinans, sequaris primum intellectum, Bartoli quod ibi fuit a defuncto, concessa eligendi facultas ipsi hæredi, quem ibi satis trepidus probat Albericus. Sed noue pro Bartolo poteris considerare, interpretandum fore, potestatem, de qua ibi fit mentio, fuisse a testatore concessam, *per text. notabil. iuncta gloss. in l. si is cui verbo, permissum, de legat. 3.* vbi probatur quod permissio, seu potestas, aut facultas in hac materia, intelligitur a defuncto data, hanc considerationem facit Peralta *d. l. Lucio Titio. pag. 259. nu. 5.* Caue tamen, quia ille text. loquitur de permissione, quod quidem verbum, suapte natura ab alio pendet, non sic verbum potestas, de quo *in d. l. Titius.*

Vltimo, † admittendam non opinor eorum 66
interpretationem, qui credunt in casu *d. l. Titio*, electionem, esse legatarii, quod ex eo inducunt, quia text. ille præsupponit adueniente conditione, posse legatarium, petere vsumfructum, ibi, *Non petet vsumfructum, antequam conditio existat.* Ergo secus erit si conditio extitit. Quoniam respondemus, Iurisconsultum, omnino contrarium decidere paulo inferius ibi, *ne potestas hæredi, &c.* Nam si intellexisset repellendum esse legatarium, quasi ante tempus agentem, id vtique expressisset. At quia legatarius in omnem euentum credebat, suam esse electionem, & semper petere posse vsumfructum, si vellet, statim mortuo testatore, illum petiit autumans, non fore expectandam conditionis existentiam, quasi nihil operantem, cum sua sit electio, vtrum velit petere. Cui respondet Paulus iniuste illum agere, quoniam electio ad hæredem spectat, non ad illum; & secundum hunc sensum, ille text. est omni solutione maior, contra communem sententiam *in dict. leg. Lucio.*

Secundo contra communem inducitur, text. *in l. si quando. 112. §. fi. ff. de leg. 1.* vbi fuit hæres grauatus fundum, aut centum dare? Et respondet I. C. hæredis non legatarii esse electionem, vtrum velit dare. At si bene perpendas, ille text. loquitur, & procedit ex eo, quia testator hæredi concessit, eligendi potestatem, vt constat ibi, *Hæres cuius fideicommissum erat, vt mihi fundum, aut centum daret.* Quæ verba, ad hæredem fuerunt directa. Et propterea non est mirum, si ipse possit eligere: quoniam tam in contra-

ctibus, quam in vltimis voluntatibus procedit, quod supra diximus considerandum fore ad quem verba dirigantur. Secundum communem *in dict. leg. qui duos, vbi per Alexand. ff. de legat. 1. & Felin. in d. cap. inter ceteras, de rescript. post numer. 4.* Et hoc est, quod ille text. paulo post princip. subdit, ibi, *Cum electio ei relinquitur, vtrum malit, dandi.* Ex quo ille text. iniuste contra communem sententiam inducitur, cum magis communem foueat.

67 In † quo tamen aduertendum est, quia (*vt Bartol. ibi post Dynum considerauit*) textus ille nullo modo loquitur in legato alternatiuo quoniam ibi Iurisconsultus refert, legatarium egisse simpliciter ad fundum, ibi, dum dicit, *mibi inhibeat fundi persecutionem, si pecuniam hæres offerat.* Quæ petitio, seu actio omnino vti inepta debuit respui, si legatum erat alternatiuum: quoniam alternatiue debuit agere, non simpliciter fundum petere, *l. Vbi autem. §. qui illud. ff. de verborum obligation. & §. curare. Institut. de actio. & tradit Gomezius, lib. de contractib. cap. 11. post numer. 40. colum. 2.* Hoc procedit etiam in alternatiua summarum, in qua non cadit affectio, Bartol. receptus *in l. si duo, ad fin. ff. de verborum obligation.* rationem ponit Cynus, *in l. penultim. ad finem. C. de verbor. signification.* licet non aduerterit Paulus, *in l. plane. §. penultim. numero secundo, ff. de legat. 1.*

Qua ratione Bartolus, post Dynum, intellexit legatum, de quo ibi, non fuisse alternatiuum, sed fundum solum legatum, centum vero adiecta, vt illa solueret hæres, si mallet, fundum retinere: Et sic resoluit, in casu illius text. solum fundum fuisse legatum, centum vero fuisse in solutione, non in legato: & propterea legatarium iuste potuisse, aduersus tertium possessorem, qui fundum ab hærede emerat, agere, & fundum persequi, vt in casu illius text. fecit: ac proinde, inquit Bartol. non bene id intellexisse glossam ibi, quod legatum erat alternatiuum.

68 Hæc † Bartoli interpretatio, sine dubio violat literam, illius text. si recte illius responsi verba inspiciamus. *Hæres* (inquit Iurisconsultus) *cuius fideicommissum erat, vt mihi fundum, aut centum daret, Titio fundum vendidit, cum electio ei relinqueretur, vtrum malit, dandi, vt tamen alterum solidum præstet.* Ecce plana verba Iurisconsulti Aphricani, quæ satis demonstrant, legatum fuisse alternatiuum, vt vel fundus, vel centum præstarentur. Qua ratione non poteris absque manifesta literæ violatione, negare legatum fuisse alternatiuum: quamuis contendas verba illa fuisse Iurisconsulti, non testatoris: Nam qualiacumque testatoris fuerint, Aphricanus docet alternatiuum fuisse legatum. Quocirca Bartoli intellectus communiter non tenetur, nec defendi potest. Nisi cum Imola eleganter dixeris, alternatiuam positam inter speciem, & pecunias vim, & effectum alternatiuæ non habere, sed magis declarandi caussa, pecunias semper adiici: ac proinde cessare regulam supra dictam, quod legatarii non debet esse electio, sed magis hæredis, qui si velit rem retinere, pecunias a testatore taxatas soluendo, liberabitur: quasi solum grauatus sit fundum dare, aut si malit eius æstimationem, a testatore taxatam. Quam interpretationem probat Peralta in *l. Lucius. 1. post numer. 27. ff. de legat. 2. pag. 248.* & docet Iurisconsultus in fin. ibi, *Vt si fundus non præstetur, nec pluris, nec minoris quam centum æstimaretur.* Considerandum est, quod Iurisconsultus enitens suprascriptam partem alternatiue declarare, subdit, *quod continet fundi æstimationem.* Idque iuris principiis conuenit, quoniam precium adiectum semper innuit venditam rem. *Vt in l. 1. ff. de contrahen. emt. adnotat.* Ac proinde cum testator postquam legauit fundum addidit, *vel centum lego*, tacite videtur voluisse fundum æstimare: & quasi titulo emtionis apud hæredem manere, si id malit. Quod vtique obseruandum est pro intellectu illius, textus, quem ita intellexit Imola, & rectius Bartolo.

Rectius † etiam Baldus, qui voluit centum 69
de quibus ibi, fuisse adiecta nomine pœnæ, quod Bartol. *ad fin.* negat, & diuinatorium est, imo, & contra puritatem, & contexturam, illius literæ, & iuxta prædictum Imolæ intellectum. Concordat text. *in l. Titio vsusfructus. 21. ff. de vsufruct. legato.* vbi quando vsusfructus Stichi legatur, aut decem, scribitur legatarii non esse electionem, sed magis hæredis, quod ratione supradicta potest admitti, quia fuit alternatiua posita inter speciem, & pecunias. Et tunc sumus extra casum veræ alternatiuæ, & electionis: & sic potest intelligi, & decidi quæstio, quam superius mouimus de emphyteuta.

Nec † quicquam vrget, in contrarium text. 70
notab. *in l. si ex toto. 8. §. fin. ff. de legat. 1.* vbi similiter fuerunt legati lecticarii octo, aut pro illis certa pecunia, & sic fuit alternatiua posita inter speciem, & pecunias, & nihilominus respondet Pomponius electionem spectare ad legatarium. Quoniam si bene aduertis. ille text. loquitur, in casu, quo testator legatario concessit eligendi potestatem, vt patet ibi, *Vtrum legatarius volet.* Quocirca, iam ille text. non obstat, imo magis Imolæ fouet sententiam, quatenus legatario concedit electionem, quia a testatore ei fuit concessa. Nec vltima pars illius text. versic. *& certe, &c.* quicquam obstat, si consideres, ibi Iureconsultum, ad declarationem præcedentium, mutare casum, retento tamen eodem themate, quod legatario sit tributa electio. Quod omnino nota: quia alibi non ita. Ex his itaque resoluendum est, communem conclusionem, de qua supra, per quam legatario conceditur, electio, non procedere, nec esse admittendam, quando alternatiua apponitur inter speciem, & pecunias, quia tunc hæredis erit electio, nisi nominatim legatario a testatore tribuatur: & sic esse intelligenda iura prædicta, quæ non obstant, quo minus communis sententia illæsa maneat, quando alternatiua ponitur inter speciem, & speciem.

Sed † in contrarium adducitur text. notab. 71
in l. cum res. 49. § sed si Stichus. ff. de leg. 1. vbi Stichus, aut Pamphilus fuit legatus. Et respondet Vlpianus, *quod si alter, vel in fuga, vel apud hostes sit, præsen-*

præsentem esse præstandum, vel absentis æstimationem, si id hæres eligat, toties enim (inquit Vlpian.) *hæredi electio est committenda, quoties moram, non est facturus legatario.* Ecce tex. clarum, & omnino communem cōtinentem, in quo verba testatoris non fuerūt ad hæredē directa, sed simpliciter prolata, & alternatiua posita inter speciem & speciem, & nihilominus respondet, *hæredis, non legatarij, electionem esse.*

72 Memini † alias in publica disputatione, præsente domino Hectore Rodriguez olim Salmanticæ primario professore, (quē summo cum fructu audiuimus) me aduersus communem arguisse, ipsumq; doctissimum præceptorē respondisse, illū casum esse specialem, fauore hæredis. Inductū est enim, vt cum alter ex seruis, absens fuerit, legatarius eligere non possit, ne forte eligens absentem hæredē grauet, in illo quærendo, quæ fuit sententia, & interpretatio Dyni, cuius meminit Alex. *in l. qui duos, in prin. ff. de leg. 1. post Imol.* de quo ibi, quam interpretationē ipsemet Alexa. improbat. nosque vltra Alex. in eadem disputatione aliter improbamus, ex verbis eiusdem tex. quatenus subdit, *Toties hæredis esse electionem, quoties non est legatario moram facturus.* Quæ verba generalia sunt, nec respiciūt casum illum particularem, quando alter seruus fuerit absens, sed generaliter, quoties non sit moram facturus: Quod aduertens vir ille respondit, me illius sensum non percepisse: siquidem ingenue, & palam agnoscebat Dyni interpretationem falsam esse. Sed aliter se illum casum intelligere, pront aliquando magno auditorum Conimbricensium applausu, olim intellexerat, & ante eum, vt ipse asserebat, Lancelottus, Decius, in publica disputatione.

73 Nempe † quod in casu illius text. hæredi non cōcedatur, legatorum electio, quoniam hæc spectat ad legatarium, *per d. l. Lucio Titio. ff. de leg. 2.* At eo casu, quo legatarius eligit seruum, qui in fuga est, aut apud hostes, respondet Vlpianus, posse hæredem si malit, illius ęstimationem præstare. Idq; dicebat, specialiter inductū, esse fauore hæredis, vt euitaret expensas, in perquirēdo seruo faciendas. Et hanc interpretationem, nimia cū iactantia collaudabat ipse, a doctissimis viris approbatam.

74 Ego † vero inter iurisprudentiæ studiosos minimus, illam prorsus respuendam tunc temporis demonstrabam. Cum non modica circumstantiū laude, & admiratione, quod & maturior ætas, hodierna probat. Aduersus hanc itaq; interpretationem, primo considerabam, eam defendi non posse, absque maxima literæ violatione, oportereque addi illis verbis, *dicendum erit, præsentem præstari,* scilicet, si a legatario eligatur, *aut absentis æstimationē,* scilicet, si eligatur ab eodem. Quam suppletionē vir ille doctissimus facile admittebat: imo illam, subiectam materiam postulare opinabatur. Qua ratione ego, aliter illam literam, perpendebam, ibi, *Qua ratione placuit, & si alter decesserit, alterum omnino præstandum, vel fortassis mortui precium.* Quo in loco, Iureconsultus probat, altero ex seruis mortuo, omnino alterum deberi, & sic electionem cessare: & nihilominus concedit posse mortui pretium solui. Ergo indubitanter probat hæredis, non legatarii esse electionem. Nam si mortuum, nulla præcedente mora hæredis, legatarius elegisset, nullatenus hæres illius precium præstare teneretur, vt in versi. *Item si res aliena,* eiusdem §. probatur. & in versi. *Sed si ambo.* Vlterius perpendebam, eundem text. *in d. versic. sed si ambo,* quatenus probat, vtrumq; seruum per fugam absentem, ab hærede præstandum, esse reuersum, vel absentis æstimationem. Vltimo perpendebam d. versi. *toties, iūcta gl. verbo, legatario,* vbi scribitur, moram facturum hæredem, si vellet seruum apud hostes existētem, eligere, quē expectate legatarius non debet. Ergo ille tex. cum de electione egit, intellexit, de seruorum legatorum electione, non vero de ęstimatione electi a legatario. Et magis stringit, si consideres, illa verba *moram facturo,* secundum hanc interpretationem, absona esse, & sine effectu. Finge legatarium elegisse seruum existentem in fuga, vel apud hostes, quem hæres præstare statim nequit; modo, vt euitet expensas in perquirendo seruo, vult æstimationem præstare, *quæso qualis potest esse mora, huiusmodi electionem impediens, vt bene cohæreant proposita consultationi verba Iurisconsulti?*

Vtique nulla est. Nisi consideres, casum iniquum, si hæres vellet, per longius tempus, quam in perquirendo seruo absente consumi posset, differre, ad quem casum satis iniustum, & in quo hæres dolo carere nequit, Iurisconsultus respexisse non videtur. Planius igitur ille tex. interpretandus est, quod hæredis erit electio, *vtrum velit dandi:* quod si absentem elegerit statim, sine vlla mora æstimationem præstabit. Cui intellectui omnino conueniunt, verba Iurecōsulti, & sine vlla suppletione, aut violentia procedunt.

Poterit † tamen quispiam, aduersus prædicta insurgere, eodem argumento, quo, & Alexan. aduersus Dyni intellectum, de quo supra. Constat enim legato seruo apud hostes existente, solam spem, & ius postliminii videri legatum, nec amplius deberi, vt in *l. id quod apud hostes, & ibi Alexan. & alij. ff. de lega. 1.* & nihilominus *in d. §. sed si Stichus,* traditur, *seruo apud hostes existente, electo, æstimationem præstandam.* Ergo ille text. alio tendit. Non enim obligare debuit hæredem, ad æstimationem serui præstandam, cuius solam spem postliminii testator legauit: quod, vt euites argumentum, secure arbitror Iurisconsultum, in illo text. cum respondet, æstimationem præstandam, solum loqui de seruo absente, non de capto ab hostibus, vt patet ibi, *præsentem præstari, aut absentis æstimationem.* Sed hoc minime satisfacit quoniam Iurisconsultus, vt iam in fuga existentem, quam apud hostes detentum comprehenderet, vsus fuit illo verbo, *absentis,* quia non minus ille, quam hic, absens est. Et quatenus dicit æstimationem deberi, intelligendum est, respectiue æstimationem deberi, boni viri arbitrio. Aliter enim æstimabitur seruus, qui in fuga est, aliter vero, qui apud hostes, & sic text. ille de plano procedit. In quo tamen aduertendum est, quia Alexan. *in d. l. qui duos,* intellexit in casu illius text. Iurisconsultum loqui, de seruo iam apud hostes existente, tempore legati, seu testamenti, ac proinde solam spem fuisse legatam. Quod & si concedi possit, non tamen quispiam negabit illum text. posse intelligi, quando post mortem testatoris, fuit ille seruus ab hostibus captus, aut propter fugam absens: Et hic casus magis videtur literæ conuenire, vt æstimatio eius præstetur, quasi non abfue- 75

rit: quemadmodum, & si moretetur, pretium eius præstandum foret, quasi viueret, vt eodem text. probatur, quod etiam vti nouum diligenter obseruandum est.

76 Ex † supradictis igitur, resoluitur ibi, esse casum singularem, omni solutione maiorem, in quo euidenter probatur, legatorum alternatiuorum, ad hæredem spectare electionem. Nec te moueat, quod Alex *in d. l. qui duos, ante nu. 3. post Petrum Bald. & Paul. contendit, tex. in d. §. sed si Stichus*, loqui, & procedere ex eo, quia verba fuerunt ad hæredem directa: quod profecto falsum est. Loquitur enim ille text. quando verba, fuerunt, impersonaliter prolata, ad neutrum directa, vt patet ibi, *Sed si Stichus, aut Pamphilus legetur.*

Quarto pro hac parte, contra communem inducitur tex. *in l. Aphricanus. 40 alias incipit. Idem Iulianus, 41. §. Seio. ff. de leg. 1.* vbi legato fundo Corneliano, cum plures eiusdem nominis restator haberet, respōdet I.C. minorem deberi, nisi legatarius doceat, de maiore testantem sensisse, *nota. in l. legato generaliter. ff. de lega. 1.* Quod non modo procedit, ex eo, quia quod minus est, semper debetur, vt leuius grauetur hæres, quam fieri potest, sed etiam, quia hæres potuit eligere, & minorem fundum præstare, declarans, de illo defunctum intellexisse, *vt omnes Dd. communiter resoluunt, in d. §. Seio.* Ergo eadem ratione in casu nostro, debet concedi hæredi electio, vt minus grauetur, defunctique voluntatem declaret. In cuius rei confirmationem induci potest, tex. *in l. qui concubinam, 29. §. 1. ff. de legat. 3.* Vbi extante hac forma verborum, *Vxor mea, tantam partem habeto, quantam vnus hæres*, respondet I.C. Iabolenus, *minorem partem, non maximam, aut mediam deberi, si ex inæqualibus portionibus, hæredes fuerint instituti.* In quo magis cōsiderandum est, quod in casu illius tex. verba videntur directa ad vxorem, & sic legatariam, & nihilominus, quod minimum est, præstatur, propter quod cogitandū reliquit Imola, *de quo supra mentionem fecimus.* Ex quibus proculdubio hæc videtur verior, contra communem sententia.

77 Nec † obstat tex. ille, quo communis præcipue mouetur, *in l. Lucio Titio. 23. ff. de legat. 2.* vbi I.C. in hæc verba, *Lucio Titio, fundum Seianum, vel vsumfructum fundi Seiani lego: potest legatarius, vel fundum vindicare, vel vsumfructum. Quod facere non potest is, cui tantum fundus legatus est.* Concordat Iuliani respōsum *in l. si Titio. 10. ff. de vsufruct. leg.* in hæc verba, *Si Titio fundus, & eiusdem fundi vsusfructus legatus fuerit, erit in potestate eius, fundum, an vsumfructum vindicare malit.* Extat ēt in eandē sententiam, Vlpiani responsum simile *in l. plane. 34. §. pen. ff. de leg. 1. Si ita* (inquit) *Titio legetur, fundum Seianum, vel vsumfructum eius, sibi habeto, duo esse legata, & in arbitrio eius esse, an velit vsumfructum vindicare.* Differt tamen is tex. a superioribus, quia in eo verba, ad legatarium referuntur, ibi, *sibi habeto*, in superioribus autem verba, ad neutrum proferuntur, & tamen palam scribitur, legatarii esse electionem, vtrum malit vindicare, non hæredis, date, quod etiam probat tex. *in l. si is cui. 19. ff. de legat. 2. & ibi gloss.* Sed non obstare huiusmodi iura, defendi potest. Primo, quia text. *d. l. Lucio Titio*, nullatenus probat, posse legatarium, eligere, quā- uis probet qualiter aduersus hæredē debeat agere: nempe, alternatiue ad fundum, vel ad eius vsumfructum, & hoc est, quod ille tex. probat. & non aliud. In alternatiuis enim, alternatiue agendum est, *vt supra diximus*, & adnotatur. *in §. huic autem, Instit. de actio.*

Sed † quamuis hæc interpretatio, conuenire 78 posset, tex. *in d. l. Lucio Titio*, nullatenus tamen conuenit *l. si Titio. ff. de vsufruct. legat.* vbi palam probatur, posse legatarium, eligere. Sed respondendum est, illum tex. loqui in alternatiua posita, inter legatum proprietatis, & eiusdem rei vsusfructus, in qua admitti potest, legatarii esse electionem, non hæredis ex eo, quia in legato proprietatis, includitur etiā vsusfructus, *vt in l. si alij. ff. de vsufruct. legat. & l. si Titio. 10. eod. tit.* At quia dari potest casus, in quo legatario magis expediat, habere vsumfructum, quam rei proprietatem, in ipsius fauorem, testator postquam legauit proprietatem, adiecit alternatiuam, *vel ipsius vsumfructum.* Qua ratione, in eo legato, respondet Iurisconsultus, electionem legatarii esse, quia alternatiua fuit in eius fauorem adiecta. *vt in l. si quis ita legauerit. ff. de condit. & demonstrat.* Quemadmodum igitur superius resoluimus, in contractibus electionem esse creditoris, si alternatiua apponatur, in eius fauorem, ita in vltimis voluntatibus respondendum est, ad legatarium spectare electionem, si in ipsius fauorem, sit adiecta alternatiua, quamuis regulariter hæredis sit electio, nō legatarii, per supradicta. Alias enim, nisi ita intelligas, inepta dici potest alternatiua apposita inter maius, & minus, & sic inter proprietatem, & eiusdem rei vsumfructum, *vt in l. si decem, aut quindecim. ff. de verbor. obligat.* Non enim quis dubitat, in legato proprietatis etiam vsumfructum contineri, *vt in d. l. Lucio Titio, in fi. probatur.* At quia effici potest, quod legatario magis expediat habere vsumfructum, quam proprietatem, *vt tradit Peralta, d. l. Lucio Titio, nu. fi. pag. 262 ff. de legat. 2.* In ipsius fauorem videtur adiectā alternatiua, ac proinde illius electio esse debet. Quod autem expediat aliquando habere vsumfructum, non proprietatem, tradit Baldus, *in auth. quod locum, C. si secundo nupse. mulier. col. fin Socin. in l. 1. num. 13. ff. de rebus dubiis. Iaso. in l. plane. § si ita ff. de legat. 1.* Ex quo cauendum est a Cumano, *in d. l. Lucio. ad fi. ff. de leg. 2.* intelligente cessare electionem, si hæredis, & sic debitoris esset electio, quia solus vsusfructus deberetur. Considerabile est enim, etiam ex parte hæredis, quod potius vellet proprietatem simul cum vsufructu, præstare, quam simplicem vsumfructū, propter proprietatis onera, & creditorum incursum. Ex quibus proculdubio resoluitur, prædicta iura nullatenus fouere, communem Dd. resolutionem, sed magis contra illam retorqueri posse.

Nec † pro communi facit text. *in d. l. si is cui. ff. de legat. 2.* Vbi scribitur fuisse, legatum Stichum, aut 79 Pamphilum, & legatarii electionem esse, qui tex. magis videtur stringere, pro communi. Sed aduertendum est, quod Celsus, ibi loquitur, eo casu, quo fuit a testatore data eligendi potestas. Quod patet, ex ea parte, qua de hæredis electione agit, ibi, *Nam & si damnatus heres alterum dare, Stichum dederit, &c.* Quemadmodum igitur, ille tex. in hærede loquitur, quando verba fuerunt directa ad hæredem: ita, & in priori casu dicendum est, loquutum, quādo ad legatarium referuntur. Quod si ita non intelligas, non video qualiter ista iura concilia-

conciliari possint, & ita illum casum fore interpretandum, satis colligitur, ex verbo *permissum*, de quo in tex. iuncta gloss. quod verbum, ad legatarium relatum, prout necessario referendum videtur, hanc probat interpretationem, quia verbum illud *permissum*, intelligitur scilicet a testatore. Debet igitur ea litera sic legi, *Si is, cui legatus est, Stichus, aut Pamphilus, cum Stichum, sibi legatum putaret, cum ignoraret sibi permissum, vindicauerit: amplius mutandæ vindicationis ius non habet.* Sic enim Dd. omnes intelligunt, in casu illius tex. legatarium ignorasse, electionem sibi fuisse commissam, seu ad se spectare: qua ratione litera illa aliter legi nequit: ac proinde pro communi ille tex. non facit.

80 Quarto † intellige prædictam regulam, vt solum procedat, quando alternatiua ponitur inter speciem, & speciem, inter quas possit diuersa affectio constitui: secus autem si apponatur, inter res consistẽtes, pondere, numero, aut mensura: quoniam in his alternatiua suum non operatur effectum, quemadmodum si quis decem, aut viginti solidos promittat, aut leget, mensuras tritici decẽ, aut viginti, quoniam decem dumtaxar sunt promissa, vel legata, & in obligatione. *tex. est vbi not. omnes in l. si ita stipulatus fuero decem, aut quindecim. 109. vbi Ias. ff. de verb. oblig. notat Iaso. in l. si duo rei, num. 4. & 5. ff. eodem.* (limitans nisi promittantur decem Romæ, aut viginti Vlysipponæ, vel decem pure, aut viginti, sub conditione, quia tunc potest dari affectio, de quo Crotus, *in l. 1. §. sed si mihi. ff. de verb. sign. nu. 23. & 25.*) notant etiam Dd. *in l. si stipulatus fuerim. 76. ff. eod. & in l. inter eos, ff. de fideiuss. & in l. si ita relictũ. 44. §. fi. ff. de leg. 2. & ibi Bart. & Dd. communiter tradit Felin. in c. inter ceteras, de rescript. ante nu. 8. Gomezius, de contractibus, c. 11. nu. 38.* (vbi idem resoluit in alternatiua temporis, si quis promittat intra annum, vel biennium soluere, vt intelligatur obligatus infra biennium. *Vt ibi per illum, & per Ias. in l. Cum quidam. C. de verb. sign. num. 9.* probatur *d. §. fin. Iaso. d. l. si ita stipulatus, in 1. §. ad fi. Butigella, in l. 1. §. sed si mihi. ff. de verbo. nu. 22.*) & prædictam sententiam de alternatiua posita inter res consistentes, pondere, numero, & mensura, tam in legatis, quam in cõtractibus probat Corneus, *vol. 5. cons. 156. ante num. 4.* vbi etiam citat *l. Nummis, ff. de legat. 3. tradit Butigella, in l. 1. §. sed si mihi. ff. de verb. oblig. nu. 18. & 20.*

Quamobrem inferunt prædicti auctores in hoc casu, creditorem, pręcise debere agere ad minorem summam, quoniam ista solum est in obligatione, *ex Fabro. in §. huic autem. Inst. de actio.* non tamen erit ineptus libellus, si alternatiue concipiatur: quoniam debitor si velit, potest maiorẽ summam soluere. At in alternatiua temporis, si ante biennium agat, repelli potest, quasi ante diem agens, *ex not. in §. plus, instit. de actio.*

81 Secundo † infertur, creditorem soluentem, maiorem illam summam, donationem facere illius residui, *vt post Alex. & Iaso. resoluit Hispan. Gomez. d. cap. 11. post num. 38.* Ex quo iam adnotandum est, procuratorem, tutorem, testamenrarium, executorem, & similes, qui donandi potestatem, non habent, (quorum in numero, in his Regnis sunt, viri coniugati, *iuxta l. Reg. lib. 4. tit. 6. ad fi.*) id facere non posse.

Quinto intellige non procedere in pœnis alternatiue impositis, quoniam earum electio iudicis, non rei est. Ita latissime resoluit Felin. *in d. c. inter ceteras, de rescript. num. 5.* vbi ponit decem declarationes, *idem Felin. in c. Sicut, de Iudæis. late Decius in l. si fugitiui. C. de seruis fugit. a num. 90. Ripa, d. c. inter ceteras, a nu. 24. & a nu. 59. & ibidem Deci. num. 9. idem Rip. lib. 2. responsorum, fol. 15. & Arnald. in c. quoniam, de hæretic. q. 8. a nu. 3.* vbi etiam late hanc. q. prosequitur, & videndus semper Cœpola, *in l. 1. C. de seruis fugit. nu. 16. & a nu. 49. & Menochius, lib. 1. de arbitrariis iudic. qq. & sentent. q. 85. & 94.*

Vltimo † prædicta regula est intelligenda, nisi alternatiua apponatur inter genus, & speciẽ, quia tunc amittit naturam suam, & exponitur pro (id est) vt *in l. sæpe. ff. de verbo. sign. Ias. in l. vbi pactum. C. de transact. num. 4. Felin. d. c. inter ceteras, de rescript. ad fin. versic. & adde. Curtius, in l. si quis in conscribendo. C. de pactis.* Aliquando etiam, resoluitur in coniunctam, quando scilicet apponitur, inter personas honoratas, *vt in l. Cum quidam. C. de verbo. signif. vbi Iaso. nu. 2. multipliciter declarat. & Felin. in d. c. inter ceteras, de rescript. ad fin. versi. & adde. & ante vers. materia,* & idem, & contra fit aliquando, *vt in cap. 2. de rescript. & ibi per Doctores.* 82

Addo autem, huiusmodi eligendi potestatem, siue illam creditori, siue debitori concedas, hæredi, vel legatario, semper transire ad hæredes, *vt per Gomez. de contract. c. 11. nu. 41.*

Semel † autem potest quis eligere, non pluries, 83
quia variare non licet, vt resoluit idem Gomez. *d. cap. 11. ante num. 44.* tradunt omnes *in l. si is cui, 19. ff. de legat. 2.* vbi bonus text. per quem Bart. ibi resoluit hoc verum esse: quamuis eligens prætendat, ignoranter se, elegisse: quoniam per electionem statim facta est executio, & dominium transfertur, in legatarium, ac proinde neganda est variatio, *vt per Socin. in l. serui electione, col. 3. ff. de legat. 1. Bart. in l. insulam, quæst. 4. ff. de verb. sign. & tradunt scribentes in l. serui electione, ff. de legat. 1.*

Ex quibus eleganter infero, eum cui simpliciter fuit concessa potestas nominandi secundam, vel tertiam personam, nulla facta mortis mentione, semel nominantem, vel eligentem, amplius nominare non posse, aut variando alium eligere, *vt voluit Bart. in l. vnum ex familia, in fi. princ. ff. de legat. 2. & ibidem Bald. & alij, tex. in l. huiusmodi. §. Stichum. ff. de legat. 1.* vbi negatur variatio, quando a testatore fuit simpliciter, nulla mortis facta mentione, concessa nominandi potestas. Et hoc regulare est, in quolibet eligere debente, qui cum semel elegit, functus est officio suo. Baptista, *in l. diem functo. ff. de officio. assesso. num. 8. & 9.* quando electio est necessaria, prout in casu *c. si tibi absenti, de præbend. lib. 6.* quem sic intellexerunt. Panorm. Bar. & Paul. quorum meminit Fortunius *in l. 1. ff. de pact. num. 43.* Et est ratio, quia vltima voluntas, non debet esse in pendenti, *vt per Bald. d. l. vnum ex famil. ceterique communiter in d. §. Stichum,* & hanc rationem dicit esse communem Peralta *in l. Statu liberum. § 1. num. 5. ff. de legat. 2. pag. 155. Gregor. Lopez. in l. 25. tit. 9. Part. 6. in princ.* inferens secus fore in contractibus. Qui inferunt contrarium fore resoluendum, si potestas eligendi sit concessa in contractu, quia cessat illa ratio, de pendentia vltimæ voluntatis, *vt per Ripam, in l. Serui electione. ff. de legat. 1. num. 15. Bart. in l. eum qui certarũ. §. fin. ff. de verb. sign. versi. oppono. & d. l. huiusmodi,* vbi dicit distinguendum, inter pote-

statem eligendi, concessam in testamento, & concessam in contractu, quia illam semel factam non licet reuocare: nec variare, ne vltima voluntas, sit in pendenti. Vel etiam, quia in vltimis voluntatibus statim facta electione, fit executio per acquisitionem dominii, quod statim acquiritur, per electionem, *vt in d.§.Stichum.& l.si quis stipulatus. ff.de verbo.sign.vbi etiam Bart. & est tex.in l. si is cui.ff.de legat.2.vbi tradit Peralt.& in l.3.de leg.2.nu.1.Tiraq.in l. boues.§.hoc sermone.ff.de verb.sign.fallen. 23.*

84 Qualiter † autem, hoc procedat inspecta Ordinatione Regia, *lib.4.tit.63. §.1.* quæ agit de contractu emphyteutico, & semel nominanti, seu eligenti, variandi facultatem auferr, maior est ambiguitas, in qua iuxta superiorem distinctionem, contrarium per legislatorem resoluendum erat.

Quamobrem & si probe sciam nonnullos, qui ambitiose, arroganterque in scholis sibi doctorũ nomen vsurparunt, ausos fuisse, illius legis conditores tanquam ignorantes increpare, quasi prædicta differentia ipsis fuisset ignota, nihilominus tamen, Lusitanus legislator a calumnia defendi potest. Si cum iudicio animaduertamus, nominandi, seu eligendi potestatem, de qua ibi (licet a contractu emphyteutico pendeat, ac proinde variatio, iuxta superiorem resolutionem, concedenda sit) nihilominus tamen stabilem, ac firmam esse, & ex sola nominatione esse nominato quæsitum ipso iure dominium, & ius irreuocabile, quasi facta sit executio, quo casu, etiam in contractibus cessit variatio, vt *per Ias.d.l.Serui electione.ff.de legat.1.nu.14.& Ripa, nu.15. tradit Tiraq.in l.si vnquam, verbo, reuertatur.num.253.& Ripa in rub.de iudic.nu.69. & in d.l.Serui electione, in prin. Molyneus, in cons.Paris.§. 10.nu.10.* quasi nulla sit differentia constituenda, inter cõtractus, & vltimas voluntates, si facta nominatione, nominans ad traditionem tacitam, vel expressam progrediatur. Et sic facta sit executio, quam in vltimis voluntatibus ipso iure fieri Dd. *vbi supra,* asserunt, *& in l. apud Aufidium.ff.de optio. lega.* Ea itaque inter contractus, & vltimas voluntates differentia constituenda est, quia in illis post electionem traditio expressa, vel tacita requiritur: in his vero, ipso iure absque vlla traditione dominium quæritur, & fit executio. Ex quibus cauendum censeo ab iis, qui perperam opinantur, illam Ordinationem Regiam, a *d. l. boues. §. hoc sermone,* profluxisse; cuius regula, eleganter, inquit Rota, *in antiq.q.22.* potestatem episcopo concessam, quod possit vnum canonicum nominare, restringendam fore ad primam nominationem, licet nominatus non acceptet. Sed ea Ordinatio ab ea Iurisconsulti regula, minime orta est: quoniam variatio magis erat concedenda, nisi dominium, & ius rei emphyteuticæ acquisitum foret. Sed hæc inuestigatio altiorem requirit cõsiderationem: amplius igitur insistendum a nobis non est.

85 Postremo † alia est alternatiua, quæ cõceditur ordinariis collatoribus, seu episcopis residentibus, vt de quibuscunque beneficiis, possint prouidere. vt constat ex Sanctione apostolica Pii Papæ. V. publicata anno 1565.*fol.30.* & rursus Gregorii decimitertii, publicata anno 1572.*fol.17.* de qua late per Quintilian. Mandesium *regula Cancellariæ 11.q.11.* & Hieronymum Gabrielem *cons.197.n.cum seq.volum.1.*

Hæc tibi lector optime pro cognitione eorum, quæ pertinent ad d. l. Regiam.*lib.4.titu.62.in princ.* sufficiant: Ad §.1. Ordinat. Regiæ modo transgrediamur.

SVMMARIA.

1 *Interpretata Ordin.Regia, lib.4.titu.62.§.1.*
Plures hæredes instituti censentur nominati.
2 *In emphyteusi concessa, pro hæredibus, instituti heredes omnes, pro hæreditaria portione admittuntur.*
3 *Fallit.d.§.1. in emphyteusi ecclesiastica, quæ pluribus concedi non potest.*
4 *Extranei plures instituti hæredes, emphyteusim capiunt, sui vero minime.*
5 *Interpretatio d.tit.62.§.1.nu.5.6.7.& 8.*
8 *Descendentes, & ascendentes instituti emphyteusim consequuntur obseruata prærogatiua, de qua lib.4.tit.62.§.3.*
9 *Inter liberos, æqualitas obseruanda est.*
10 *Fallit, quando ex pluribus hæredibus, aliquis fuit primo loco nominatus.*
11 *Secundo genitus præfertur, quando est primo loco nominatus.*
12 *Ascendentes, & descendentes hæredes instituti, non capiunt emphyteusim pro portione hæreditaria.*
Ascendentium prærogatiua, quæ sint, & qualiter alius alium præcedat.
Gradu proximior præcedit. Item, ætate maior. Item, primo nominatus.
13 *Ampliatur.§.3.tit 62. vt procedat etiam ex testamento, succedentibus liberis, vel ascendentibus.*
14 *Filii instituti, in testamento imperfecto emphyteusim consequuntur.*
15 *Filia statuto, vel iuramento exclusa, si a patre instituatur, emphyteusim consequitur.*
16 *Sub Tertia legato, non continetur emphyteusis.*
17 *Tertia titulo institutionis relinquenda est.*
18 *An idem sit obseruandum, quando alicui de liberis relicta est Tertia.*

QVÆSTIO XI.

QVemadmodum agricolæ, nouellis vitibus, humiliora primo adminicula, atque pedamenta adiungunt, quibus se gradatim clauiculis illis suis quasique manibus attollentes, in summa tandem iuga euadant: ita, & nos hactenus studiosæ iuuentuti, veluti quædam emphyteuticæ nominationis, progymnasmata præbuimus, quorum cognitione, propriis illa iam suffulta viribus, ad solidiorem rerum cognitionem, & iuris emphyteuticos disciplinam grassari commode possit. Non tractamus, quæ ab aliis, in hac materia, prius fuerint discussa, aut excogitata (sordent enim vsitata ista, & vulgaria) sed nouas, quasique intactas vias ingredimur, vt his veluti rudimentis, & forensibus præceptis instituti iuuenes, nobis gratulentur, fœlici auspicio suscepti laboris gloriam, & vniuersam, absolutamque emphyteuseos iuris (quæ apud nos frequentior est) cognitionem nostris sudoribus, vigiliisque assequantur, vt quæ sparsim variisque in locis, confuse pertractantur, hic quasi in compendium, ad nostri Regni mores collata, commode complectantur. Quamobrem, rem gratam me facturum arbitror, si tyrones, qui forum ingrediuntur, tanquam manu ducam in adita, & recessus Ordinationis Regiæ, & singula

gula capita huius tituli percuttam, ne quid in materia adeo frequenti, & quotidiana, incuria nostra intactum reliquisse videamur. Et quamuis non ignorem, fore aliquos, quibus meum non satis institutum probetur, quod ipse vnus, tam arduam prouinciā suscipere, ausus fuerim, qui nec literis, nec eruditione, nec ætate eximios nostri seculi, quibus illud abundat, iurisprudentes antecellam, non iniquum tamen, nostrum consilium futurum arbitror, & discentium consulete vtilitati, & tyronum iuuare industriam, fructuoso labore, de quo fortasse sincerius, absoluto opere, & candidius multo, superata inuidia, ventura posteritas, quam præsens ætas iudicabit. Andiamus igitur Lusitanum legislatorem, reliqua emphyteuseos nominationis, iura promulgantem, in hæc verba:

Ficando no testamento do dito foreiro multos herdeiros estranhos, que não seiam ascendentes, ou descendentes, todos se entẽdẽ, ser nomeados ao dito foro. E porquãto o dito foro não ha de ser partido, entre muitos, por se não cõfundir a pensaõ delle: Mãdamos, q̃ se tantos bens ficarem per morte do finado, que possa o dito foro caber, no quinhão de cada hũ dos herdeiros, partãse os bẽs do fina do antre os herdeiros, & aqelle a que acõte cer, em seu quinhão o dito foro, seia obrigado pagar a pensaõ delle ao senhorio, segũdo forma do cõtrato, do aforamẽto. E não ficãdo per morte do dito foreiro, tãtos bẽs, porq̃ o dito foro possa caber, no quinhão de cada hũ dos herdeiros, em tal caso, mandamos, q̃ se tenha esta maneira, q̃ se segue. s. Aia cada hũ dos herdeiros o dito foro, se o quiser, satisfazendo aos outros herdeiros, aquelo q̃ rezoadamente, por parte do dito foro lhes poderá acontecer, acordandose todos, ou a mayor parte dos herdeiros em ello, & aqlle q̃ assi o dito foro ouuer, pague a pẽsaõ delle ao senhorio, segundo forma do cõtracto. E nã se acordando em esto, todos os herdeiros, ou a mayor parte delles, Mandamos, que elles seiam theudos de vender, ou escambar o dito foro, do dia que se o dito foreiro finar, at ee seis meses, requerendo primeiramente ao senhorio, se o quer tanto por tanto: & aquelle a que assi dito foro for vendido, ou escambado, seia dalhi em diãte theudo a pagar a pensaõ delle, segundo forma do dito contracto. E os ditos herdeiros partão antre si aquello, que assi ouuerem, pola dita vẽda, ou escambo do dito foro: assi como forẽ herdeiros. E não vendendo, ou escambando os herdeiros o dito foro, ou não o tomando cada hũ delles em si, como dito he, atẽ o dito espaço de seis meses, ẽ tal caso ficará o dito foro deuoluto ao senhorio, se o elle auer qui ser, & faça delle o q̃ por ben tiuer.

Ibi, *Ficando muitos herdeiros estranhos, todos se entẽdem ser nomeados ao dito foro.* Id est, *Si in testamento emphyteuta plures extraneos heredes reliquerit, qui non sint ascendentes, aut discendentes, omnes nominati censentur, ad prædictam emphyteusim. Quoniam vero prædicta emphyteusis diuidi non potest, inter plures ne eius pensio cōfundatur, statuimus quod, si tot bona per mortem defuncti remanserint, quod prædicta emphyteusis in portionem alterius ex heredibus obuenire & cedere possit, bona defuncti diuidantur, inter hæredes & is cui obtigerit, prædicta emphyteusis pro sua portione, pensionem domino, directo soluere teneatur, iuxta formam contractus emphyteutici. Quod si per mortem defuncti, tot bona non remanserint, vt alteri hæredum, integra emphyteusis in suam portionem obtingere non possit, tunc quilibet hæredum prædictam emphyteusim consequatur, & obtineat, si velit, qui ceteris heredibus resarciet, ac refundet, illud quod iusta ratione prædicta emphyteusis ei poterat obuenire: consentientibus omnibus hæredibus, aut maiore eorum parte & is, cui emphyteusis obtigerit, soluat domino pensionem, secundum formam contractus. Quod si omnes hæredes, aut maior eorum pars in hoc dissenserint, sancimus, vt ipsi vendere, aut permutare prædictam emphyteusim teneantur, ex eo die, quo emphyteuta decesserit, vsq; ad sex menses facta prius domino denunciatione, an velit sibi pro eodem precio, seu tantundem offerre, & is cui emphyteusis fuerit vendita aut permutata, soluat deinceps pensionem secundum formam contractus. Et prædicti hæredes diuidant inter se illud, quod sic habuerint, ex prædicta venditione aut permutatione prædictæ emphyteusis, pro virili portione, seu pro ea parte qua hæredes extiterint, Quod si prædicti hæredes neq; vendiderint, neque permutauerint, nec retinere in se voluerint prædictam emphyteusim, prout dictum est, intra semestre tempus, tunc emphyteusis ad dominum directum deuoluatur, si ipse velit, & de ea pro libito disponat. Hactenus legislator. & rursus ibi ficando, &c. id est existentibus pluribus hæredibus extraneis omnes nominati, in prædicta emphyteusi censeretur.*

Notabilia † sunt huius legis verba, quæ plane 1 probant, plures posse simul ad emphyteusim nominari, siquidem vbi plures hæredes reperiuntur ab emphyteuta instituti, omnes censentur nominati, quæ est singularis ampliatio ad principium *tituli. 62.* vt non tantum procedat, quando vnum duntaxar emphyteuta hæredem scripsit, verum etiam si plures. Omnes enim non minus, quam ille vnus, censentur ad emphyteusim vocari, & electi, seu nominati, quæ ampliatio necessaria est, si consideres in hoc. §. 1. legislatorem procedere retento themate concessionis præscriptæ, *in princ.* & sic quando emphyteusis fuit concessa, *pro eo, quē nominabo*, quod verum esse sine difficultate ex litera deducitur, quæ cōtinuatiue ad principium, casum proponit, in quo emphyteuta plures hæredes scripsit, hypothesi, scilicet superiore retenta, in qua de emphyteuta, vnum tantum hæredem faciente fuit actum. Quocirca, vt vides, per hunc tex. *in hoc.* §. 1. confunditur doctissimi Gonçali Valasci Lusitani sententia, cuius superius *q. 10. nu. 32.* meminimus. Adnotauit enim celebris ille doctor d. principium *titu. 62.* limitandum omnino fore, quando emphyteuta plures hæredes scripsit, quo casu nullus recte dici potest nominatus, quia se inuicem impediunt, nec emphyteusis, sub forma ibi præscripta, concessa, ad plures hæredes peruenire potest, quare dicebat, & iuste quidē d. l. Regiam, *in d. princ.* esse restringendam ad casum, quo vnus tantum fuit ab emphyteuta scriptus hæres, quod medius fidius litera illius principii significare plane videtur, ibi, dum dicit, *em q̃ leixe certo herdeiro ẽ seus bẽs.* Quo loco sine dubio ad eum tantum casum se videtur legislator restrinxisse, in quo vnus tantum fuit hæres scriptus, non plures, idq; iuri, & rationi consonans esse, iam supra probauimus. Contrarium nihilominus probat text. *in d. §. 1.* per quem necessario ampliatur principium, vt procedat etiam si plures hæredes instituãtur, quia omnes nominati censentur, vt plane ex illis verbis constat, *todos se endẽdẽ ser nomeados, ao dito foro.* & ibi, *satisfazẽdo aos outros heredeiros, &c.* Quo loco omnes pro portione hæreditaria, eadem emphyteusi potiri iubet, in quo admirabilem eam l. Regię dispositionem appellat Valascus *de iure emphyt. q. 45 num. 8.* intelligens illius. §. 1. sanctionem emphyteusi hæreditariæ, nō pro personis nominan-

dis (in quo casu illa l. Regia loquitur) conuenire, sed ita lex inquit ille, scripta est. Ego id miror maxime, doctissimum Gonçalum Valascum, contra tam clara legis Regiæ verba, quam præ oculis habebat, loquutum fuisse: nec illi quicquam respôdisse. Debuit enim circumspectus ille vir aduertisse legislatorem *in d. §. 1.* procul eius argumẽtum, & rationẽ abiecisse. Intelligebat enim Gonçalus, plures institutos hæredes, ad emphyteusim admitti non posse, ne quo modo dominus diuisam in partes pensionem recipere, & exigere teneatur, neue ad plures personas (vt nos adiecimus) quam emphyteusis concessa, illa porrigatur. Cui malo obuiãs legislator statuit, quod emphyteusis vni ex cohæredibus adiudicetur, qui domino solus pensionem soluat, & aliis hęredibus pro portione hęreditaria satisfaciat: vel quod omnes emphyteusim vendant, & precium inter se partiantur, & diuidãt: quo facto omne cessat directi domini pręiudicium: ad quod profecto tantus vir animaduertere debuisset. Sed a reprehensione, & inuectiua temperabo calamum, ne videar mortui leonis barbam euellere.

2 Cogitabam † aliquando, defendi illam Gonçali Valasci traditionem posse, si intelligamus, legislatorem *in d. §. 1. tit. 62.* casum mutauisse, & verba referre ad emphyteusim concessam pro hæredibus, ad quam instituti hæredes omnes, pro hæreditaria portione admittuntur, *vt tradit Decius, consi. 389. & probat l. Reg. lib. 4. tit. 77. §. penult.* ad quam speciem, seu concessionem relata *l. Reg. d. §. 1.* stare quidem sine vllo obice potest, *vt Aluarus Valascus de iure emphyt. quæst. 43. num. 5. versi. 2. obseruauit.* quo tamen in loco *num. 8.* optime agnouit hunc sensum verbis d. l. Regiæ. *d. §. 1.* minime conuenire posse: siquidem, vt prædiximus, iuncto principio loquitur, & procedit in emphyteusi concessa, *pro eo, quem nominabo*, quod vltra iam scripta necessario deducitur, si consideres quæstionem, concernentẽ institutos descendentes, & ascendentes, in *eo. §. 1.* non decidere, *sed in §. 3. eiusdem tituli.* Quare de qua concessione loquitur tex. *in d. §. 3.* loquitur, & §. 1. Atqui tex. *in d. §. 3.* sine dubio non loquitur in emphyteusi hæreditaria, quoniam illam, vni tantũ concedit descendenti, aut ascendenti. Ergo in hæreditaria neutiquam loquitur. Hæc enim ad omnes pertinet, pro hæreditariis portionibus, quod conuincitur verum esse ex. *§. fin. d. tit. 62.* vbi ille ponitur casus concessionis factæ, *pro hæredibus*, vt palam fiat, in præcedentibus. §§. de ea concessione hæreditaria minime actum fuisse. Quocirca ad rem non facit, quod in *d. §. 1.* idem fere disponit, quod in *§. penult. lib. 4. titu. 77.* quo loco l. Regia loquitur in emphyteusi hæreditaria, secundum quod videbatur intelligendus text *in d. §. 1.* nisi suprascripta obesset ratio, quæ me ab eo sensu prorsus remouet. Quamobrem, vt Valascus loco supra citato aduertit, admirabilis est ille casus, in quo idem præcipitur obseruari in emphyteusi, *pro personis nominandis*, concessa, quod *in d. §. penult.* in hæreditaria, secundum communes regulas obseruatur. Vlterius, quod text. *in d. §. 1.* nullo modo possit adaptari emphyteusi hęreditariæ, plane deducitur ex differentia, quam exacte constituit inter extraneos, hæredes, & suos, scilicet descẽdentes, & ascendentes: illis concedens emphyteusim, pro hæreditariis portionibus, his negans. Quæ differentia in emphyteusi hæreditaria, admitti nullo modo potest, *per d. §. pen. tit. 77.* vbi omnes filii, pro æqualibus, seu hæreditaria portione emphyteusim consequuntur, facta per æstimationẽ, secundum formam ibi præscriptam. Quamobrem verius est, & sine scrupulo tenendum d. legem Regiam *d. §. 1.* non mutare casum, de quo *in princ.* & consequẽter defendi Gonçali Valasci traditionem, de qua supra, nullo modo posse: siquidem illi obstant plana *d. §. 1.* verba probantia, plures hæredes ab emphyteuta scriptos, nominatos censeri, & emphyteusim posse capere, modo ibi præscripto, facta diuisione.

Iuris † igitur regulis, cum lex illa Regia repugnet, *d. §. 1.* admittens plures ad emphyteusim cõcessam *pro eo, quem nominabo*, vtiq; restringenda est, 3
ad priuatam, seu temporalem emphyteusim, non ecclesiasticam, cui nocere lex Regia nequit, neq; ad eam extendi, in ecclesiæ pernitiem, & præiudicium. Nec dicendum est cessare ecclesiæ præiudicium ex eo, quod *d. l. Regia*, pręcipit, emphyteusim vni tantum, non pluribus adiudicari: Quoniam si recte consideres, non proinde cessat ecclesiæ pręiudicium (irrita prorsus facta nominatione) quæ prætendit extinctam esse emphyteusim, & cum directo, consolidatum dominium, esse vtile, quo iure ecclesia priuatur, ex d. l. Regiæ dispositione, quæ firmam decernit esse nominationem, per quam, ad emphyteusim plures vocantur, quod efficere legem Regiam non posse, iam supra resoluimus.

Ibi † *Estranhos que não seiam ascendentes, nem descẽdentes.* Notabilia sunt verba ista, quibus constituitur hac in re differentia inter suos, & extraneos hæredes, sub quorum numero omnes cognati, & agnati collaterales continentur. Voluit enim legislator emphyteusim cõcedere omnibus extraneis hæredibus, qui ascendentes, vel descendentes non fuerint, quales sunt collaterales cognati, qui suorum respectu extranei reputantur. Et propterea subdit, *herdeiros estranhos, que não seiam ascendentes, &c.* In quo sane durior, multoque magis admiratione digna, ea lex sese offert. Nã quod prorsus extraneis, l. illa Regia concedit, posse emphyteusim petere, quæso, *cur ascendentibus, & descendentibus negat, quorum fauorabilior multo successio esse dignoscitur?* Ex his quæ habentur *in l. cum ratio. ff. de bonis, damna. coniuncta l. Nam, & si parentibus ff. de inoffic. testam.* Nulla certe iuris ratio permittit, his negari posse, quod illis conceditur, cum maxime videamus ab intestato, emphyteuta decedente, descendentes, & ascendentes emphyteusim consequi, ex tacita defuncti nominatione, qui illos vocare videtur, vt habetur *in d. titu. 62. lib. 4. §. 3. coniuncta l. conficiuntur. ff. de iure codic. & in d. §. 3.* multo ergo magis, eandem emphyteusim illi obtinere debent, nominatim, & expresse hæredes instituti: Quare dura nimis videtur d. l. Regiæ dispositio negans hæredibus descendentibus, & ascendentibus institutis emphyteusim, quam prorsus extraneis concedit. 4

Quamobrem † vt tanta durities leniri, legisq; rigor, & asperitas temperari possit, aliquando intelleximus, negandum esse argumẽtum, a contrario sensu, ex ea lege deduci posse, secũdum quod, 5
non

non directo illa probat, id quod diximus, emphyteusim descendentes, nec ascendentes obtenturos, si hæredes instituantur. Cessat enim a contrario sensu argumentum, quoties inde aliqua deducitur absurda interpretatio, vt habetur *in l. conuenticula. C. de episcop. & cleric.* vbi plene per Bald. *& in l. 2. C. de condit. insertis.* secundum quem sensum legislator, *in d. §. 1. tit. 62. lib. 4.* de institutis extraneis hæredibus loquitur, minime excludens ascendentes, & descendentes, quorum meminit, vt doceret appellatione extraneorum, velle se collaterales consanguineos includere, non vt ascendentes excluderet, & descendentes: quos maluit in dispositione iuris communis manere, vel aliarum legum Regiarum, quam per sensum contrarium ab emphyteutica concessione submouere hæredes scriptos, contra tam nota iuris præcepta, de quibus supra.

6 Vel † aliter, & secundo responde Ordinationem. *in d.* §. 1. loqui, & procedere in emphyteusi relinquenda vni de familia, quam proximus capiet, plures sint instituti, *secundum adnotata in l. Cum ita. §. in fideicommisso. ff. de leg. 2.* Quæ ratio cessat in extraneis, & propterea l. Regia omnes indifferēter vocauit, & ad emphyteusim admisit, qui sensus mihi nunquam potuit arridere, tum quia diuinat, & præsupponit literam *d.* §. 1. non esse continuatiue legendam, cum principio, tum etiam quia in his Regnis huiusmodi concessiones emphyteuticæ, *pro familia*, in vsu non sunt, quare ad illas referri l. Regiæ, verba non debēt, ex regula *l. nam ad ea. 5. ff. de legibus.* Deniq; stante tali concessione extranei nominari non possent, quos posse lex Regia probat. Ergo de tali concessione, neutiquam intelligi potest.

7 Tertio † non defuere quidam doctissimi Conimbricensiū iuris interpretum, qui summa cum gloria, in ea florentissima academia, publice iuris disciplinam profitentur, qui asserant in casu *d. §. 1.* per argumentum a contrario sensu, excludi ascēdentes, & descendentes ab emphyteusi, si simul plures hæredes ab emphyteuta instituantur: quoniam nec simul instituti hæreditatem consequūtur, sed illi tantum, qui gradu sunt proximiores, secundum communem nostrorum traditionem *in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de lib. & posthum.* dicuntur ordine successiuo vocati, seu instituri primo, qui in primo sunt, secundo vero loco, qui in secundo, & sic de reliquis, secundum quem etiam ordinem illi dicuntur nominati, & ad emphyteusim vocati, non vt simul concurrant, quemadmodum cōcurrunt extranei. Qua ratione scite quidem legislator, emphyteusim extraneis concessam illis negauit. Sed nec magis hæc interpretatio placet. siquidem illud eo tantum procedit casu, quo filius, & nepos reperiuntur instituti, vel e conuerso latere pater, & auus, in qua specie procedit, quod in *d. l. Gallus. §. quidam recte*, traditur, ordine successiuo illos videri vocatos, vt omni casu testatus defunctus decedat. Cuius oppositum procedit, quando quis plures habens filios, omnes hęredes instituit, aut nepotes, quos habet plures deniq; patrem, & matrem, quos simul ordine turbato superstites habet, aut auum, & auiam: ad quam speciem necessario debet d. l. Regiæ dispositio adaptari, si cōcedimus eam ascendentes, & descendentes excludere, cum extraneos admittit: nam quemadmodum admittit extraneos simul concurrentes, ita debet descendentes, & ascendentes simul, cōcurrentes excludere, vt æqualis sit vtriusque partis inclusio, & exclusio.

Quarto † non defuere alii, qui intellexere *d. §. 1.* referendum ad concessionem hæreditariam, *pro hæredibus*, nempe factam, quem sensum iam supra improbauimus. Nec admitti potest, quoniam nulla iuris ratio permittit, ab hæreditaria emphyteusi submoueri descendentes, aut ascendentes posse, quibus illa magis, quam aliis debetur. Quid igitur tenendum? Ego proculdubio primæ interpretationi nostræ adhærendum puto, intelligoq; negandum fore, *in d. §. 1.* argumentum a contrario sensu, secundum quam interpretationem, existimo *in d.* §. 1. legislatorem, nihil prorsus de descendentibus, aut ascendentibus statuisse, sed magis dispositioni aliarum ll. Regiarum, aut iuris communis reliquisse. Sed audio pium lectorem interrogantem, si ex *d. §. 1.* deduci hæc decisio ad ascendentes, & descendentes pertinens non potest, quæso vnde deducetur? Notæ sunt leges Regiæ hanc materiam pertractantes, inter quas nulla repetitur hisce descendentibus, & ascendentibus hæredibus institutis emphyteusim deferēs, quod graue videtur esse inconueniens, omnino vitandum, maxime in hac materia emphyteutica, quæ ab auctoribus iuris ciuilis omissa videtur, seu ignorata propter concessionum nostrarum variam formam nullibi vsitatam. Sed responderi sane, & vtiliter potest, hunc casum decidendum fore per l. Regi. *d. titu. 62. lib. 4.* §. 3. vbi habetur, quod patre decedente intestato liberi emphyteusim concessam, *pro eo, quem nominabo*, consequuntur secundum gradus, ætatis, ac sexus prærogatiuam, quam habent: secundum quam primogenitus ceteros excludit, & masculus fœminam, *vt in d. §. 3. habetur.* Quo argumento idem sane respondendum est, quando pater testatus decedens filios, quos habebat, hætedes scripsit, vtroq; namque casu, a parente videntur nominati, & ad emphyteusim vocati: nam tacitæ, & expressæ vocationis idem debet esse iudicium, ex regula *l. cum quid. ff. si certum petat.* Quod in indiuiduo probare videtur lex Reg. *lib. 4. tit. 62. §. 2.* vbi nominatim legislator voluit regulandum fore hunc casum, secundum dispositionem *d. §. 3.* Quapropter optime quidem videmur intellexisse legem Regiam, *d. §. 1. tit. 62.* ascendentium, & descendentium meminisse ad inclusionē collateralium tantum, non ad illorum exclusionem, qui sane exclusi non sunt, sed magis vocati, & nominati, secundum prærogatiuam tamen, de qua in *d. §. 3. tit. 62.* 8

Porro si contendetis, hunc sensum aliquantulum violare literam *d.* §. 1. quæ intrepide videtur ascendentes, & descendentes excludere, sumto argumento a contrario sensu respondeo illud a contrario sensu argumentum id tantum probare, quod emphyteusim non obtinebūt ascendentes, & descendentes omnes, eo modo, & forma diuisam, qua illam consequuntur extranei hæredes instituti, per *d. §. 1.* Quod verum esse vtiq; fatemur, quia descendentes, & ascendentes emphyteusim insolidum obtinent, seruata prærogatiua in *d. §. 3.* descripta, quæ vtilis, & vera traditio mihi semper

visa est:& necessario tenenda, *ex supra scriptis*. Quæ resolutio,& veritas infra, planior fiet.

9 Sed † obstat his graue nimis argumentum, si consideres, nullam iuste posse assignari differentiam, inter extraneos, & suos, cur magis illis concedatur proportione hæreditaria diuidenda emphyteusis, quam his: Siquidem in omnibus eadem concurrit instituentis voluntas. Quæ quemadmodum in extraneis, accommodatur omnibus hæredibus, vt proportione hæreditaria emphyteusi fruantur, secundum formam traditam *in d. §. 1. titu. 62. lib. 4.* Ita etiam suis accommodari debet, tam ex testamento, quam ab intestato succedentibus, vt similiter pro portione hæreditaria eandem emphyteusim diuidant, & partiantur, inter se. Imo in suis hæc necessaria partitio videtur, vt inter liberos requiritur, vt inter eos æqualitas obseruetur, in iure nostro tam sedulo commendata, vt est videre *in l. vt liberis. C. de colla. vbi Dd. & Bertrand. lib. 1. consi. 212. Baeça, de non melioran. filia. c. 2. num. 36.* Responderi tamen potest, id non procedere in emphyteusi, & similibus rebus, quæ vni tantum debentur, nec diuisionem patiuntur, in qua specie vni tantum res est concedenda, & inter filios datur charitatis ordo, & gradus. Quare l. Regia, intelligens inter masculos, primogenitum, magis dilectum esse, quasi a parente nominatum, illi emphyteusim concedit præcipuam. Quo argumēto etiam masculum iuniorem fœminis anteponit: & inter fœminas seniorem, *vt in d. §. 3. de singulis tractabitur*. Quæ dilectionis ratio, in extraneis etiam collateralibus cessat, in quibus non tam sedulo ea amoris prærogatiua, sed gradus cōsideratur. Quapropter, quia omnes æqualiter defuncti fouet voluntas, legislator inter omnes diuidendam fore emphyteusim intellexit, modo *in d. §. 1. titu. 62.* præscripto, quæ notabilis traditio est, & *infra, q. 13. nu. 34.* tractabimus.

10 Ex † qua vtiliter deducitur dispositionem text. *in d. §. 1.* limitandam esse, vt non procedat, quando emphyteuta plures hæredes extraneos instituit, per ordinem nominatos, puta Petrum, Paulum, & Ioannem hæredes institutos mihi esse volo. In qua specie, quia primo loco nominatus, dicitur magis dilectus, vtique Petro adiudicāda emphyteusis est, ex his quæ supra resoluimus, *q. 10. num. 38.* secundum quem sensum text. *in d. §. 1.* vt minus recedat a iuris principiis, restringi debet ad casum, quo plures hæredes extranei fuerunt nomine collectiuo instituti, vel ita, vt inter eos dari electionis ordo, & gradus non possit.

11 Secundo † infertur Ordin. Regiam, *d. § 3. titu. 62.* quatenus probat, primogenitum præferendum esse, quando pater filios suos hæredes instituit, sumpto argumento, de tacita ad expressam institutionem, similiter intelligendam esse, quando collectiue filii fuerunt vocati, & instituti, non sic quando nominati per ordinem fuere, & secundo, vel tertio genitus fuit prius, & ante omnes nominatus, quantum is præferri omnino debet, ex supra scriptis quæ etiam notabilis resolutio est: & declaratio *ad §. 2. d. tit. 62.*

12 Subsequitur † mox. *§. 2. d titu. 62.* in hæc verba, *E se no dito testamento instituir seus descendentes, ou ascendentes, guardar seá o q̃ differemos no. §. seguinte, & se terá a maneira, como quando se fina abintestado, posto que no dito testamento leixe sua terça, a outra pessoa, que não seia ascendente, ou descendente.* Id est, *Quid si in prædicto testamento instituerit, eius descendentes, aut ascendentes, obseruabitur, quod dicemus infra. §. seq. Idemque erit prout, quando emphyteuta ab intestato decedit: quamuis in d. testamento alij suorum bonorum tertium relinquat, qui non sit adscendens vel descendens.*

Not. hunc text. singulariter limitantem, quod supra in proximo §. resoluimus, ibi plures extraneos hæredes institutos, emphyteusim, tanquam nominatos pro hæreditaria portione obtenturos, neutiquam procedere in ascendentibus, & descēdentibus, qui hæredes facti, & testamento scripti omnes emphyteusim non habebunt, sed vnus tantum, secundum ætatis, aut sexus prærogatiuam, iuxta formam §. 3. d. legis Regiæ, *lib. 4. titu. 62.* Quod tu intellige, iuxta ea, quæ paulo ante scripsimus. Quibus adde, ascendentium prærogatiuas, easdem esse, quæ, & descendentium, *in d. §. 3. præscriptas, d. tit. 62. lib. 4.* Quemadmodum enim ibi filius masculus fœminas excludit, ita etiam, & auus auiam præcedit: Quemadmodum etiam *in d. §.* filius, vel filia excludit nepotem, ita etiā auus, vel auia præcedit proauum gradu remotiorem. Solent enim ascendentes secundum gradus prærogatiuam succedere, & alii aliis locum dare, vt habetur *in auth. de hæred. ab intestato veni. § si igitur defunctus, versi. si autem plurimi, colla. 9. & in auth. defuncto. C. ad Tertull. tradunt Dd. & Gomez. in l. Tauri. 6. nu. 5. vbi etiam Pala. num. 7. cum sequen. Boer. decis. 185. num. 5. Couarruu. de success. abintestat. num. 3. tractat. ad Viglium, eod. lib. num. 72. Tellius d. l. Tauri. 6. num. 16.* Secundum quam gradus prærogatiuam, formamq; l. Regiæ, *d. § 3. tit. 62.* concedendam esse ascendentibus emphyteusim, vti verissimum tradit subtilis Costa, *lib. de Regni successione pag. 379.* resoluens proinde matrem præferendam auo paterno. Porro concurrentibus auo paterno, & materno, vel etiam auia paterna, & materna resoluit, præferendum esse ætate maiorem, quemadmodum & *in d. §. 3.* ceteros fratres excludit senior. Pro qua opinione induci potest text. optimus, *in l. 1. ff. de albo scribendo*, ibi, *antiquissimus quisque prior.* Et bona l. Reg. *lib. 4. tit. 62. §. 4.* Quod tamen intelligendum est, quando sub nomine collectiuo ascendentes, vel descendentes instituti sunt hæredes: quo casu non magis hunc, quam illum respexisse defunctus videtur: quemadmodum contingit in casu *d. §. 3.* quando ille intestatus decessit, qua ratione prærogatiuis adhærendum est, secundum quas, vnus alium præcedit. Ceterum si aliunde colligere possumus, quem magis defunctus amauit, ille præferri debet.

Ex † quibus sic prælibatis, deducitur notabilis ampliatio ad *§. 3. d. titul. 62.* vt non solum procedat, quando ascendentes, vel descendentes, succedunt ab intestato, & sic ex tacito emphyteutæ iudicio, vt *in l. Conficiuntur. ff. de iure codicill.* verum etiam, quando succedunt ex testamento vocati, & consequenter ex voluntate defuncti expressa, vtroque enim casu eædem prærogatiuæ obseruandæ sunt, & secundum easdem emphyteusis concedenda est. 13

Deducitur etiam, & secunda ampliatio, vt non modo procedat ille. *§. 3.* in descendentibus, in quibus loquitur, sed etiam in ascendētibus, quorum suc-

tum successio regulari debet ex eisdem prætogatiuis, quibus regulatur, & liberorum, quod etiam est adnotandum.

Tertio ex hoc §. 2. deducitur declaratio ad *§. 1. d. titul. 62.* quatenus per argumentum a sensu contrario, videtur excludere ascendentes, illisque negare emphyteuticam successionem, vt non procedat excludendo, secundum quod ibi adnotauimus.

14 Quod † autem hic dicitur, filios testamento hæredes institutos emphyteusim obtenturos seruata prætogatiuarum regula tradita *in d. §. 3.* procedit etiam si testamentum sit imperfectum. Validum enim censetur etiam inter liberos, & effectum perfecti habet, vt habetur *in l. hac consultissima. §. ex imperfecto, C. de testament.* Quare sic institutis in hoc testamento liberis, non negatur remedium. *l. fin. C. de edicto diui Adrian. tollen. vt ibi post gloss. resoluit Bartol. num. 18. & Alber. 12. Salic. col. 3. versic. item quæro. Mantua. lect. 1. num. 150. Zuchar. 210. in fin. Menoch. lib. de adipiscenda poss. remedio. 4. num. 311. cum seq.*

15 Prædictis † addo, emphyteusim, de qua agimus, concedendam esse filiæ institutæ, licet alias statuto, aut iuramento fuerit exclusa. Potest enim nihilominus hæres a patre institui, vt omnes post Bartol. probant *in l. Stipulatio hoc modo, ff. de verborum obligation. & in l. fi. C. de pactis. vbi Iaso. numer. 23. Decius. 7. & 25. Bald. in l. pactum, quod dotali. quæst. 3. C. de colla. & ibi Decius. num. 6. Paris. lib. 2. consil. 24. num.* 88. *Cassa. consi. 29. & alios,* referens Tiraquell. *lib. de morte. 2. part. declarat. 8.* concedens, proinde huic filiæ remedium possessionis fictæ, de quo ibi, sequitur Menoch. *lib. de adipiscenda poss. remedio. 4. nu. 321. cum seq.* eidem concedens beneficium *l. fin. C. de edicto diui Adrian.*

Ibi, *Posto que em seu testamento leixe sua terça a outra pessoa.*

16 Nota † hic bonum text. probantem sub relicto tertiæ, emphyteusim minime contineri, & propterea filios hęredes scriptos, vel etiam ascendentes emphyteusim obtenturos, quamuis tertiam parens alii relinquat. Dubitandi ratio exorta videtur a principio *d. tit. 62.* quatenus probat hæredem scriptum, in bonis emphyteutæ defuncti, emphyteusim posse capere, ibi, *leixe herdeiro ẽ seus bẽs insolidum.* Bona enim nostra, in his Regnis sane illa dici possunt, de quibus libere testari valemus, quæ in tertia consistunt, iuxta formam l. *Reg. lib. 4. titu. 70.* Cetera enim quæ ad filios pertinent, & eorum legitimam respiciunt, quia de illis testari, seu libere disponere non possumus, nostra vere dici non possunt. Quocirca sub titulo tertiæ bonorum nostrorum relictæ cuipiam, videbatur respondendum, eidem quoque relictam esse emphyteusim, tanquam magis dilecto, & honorato, siquidem illi concessit emphyteuta, quicquid dare potuit, liberis tantum debitum exoluens. In quo omnis cessat liberalitas, *secundum adnotata in l. vnum ex familia. §. 1. ff. de legat. 2.* Qua ratione, quia magis dilectus solet in emphyteusis assecutione præcedere, respondendum videbatur, emphyteusim illi esse adiudicandam, cui parens tertiam reliquit.

17 Si † maxime teneas, titulo institutionis relinquendam esse tertiam, non legari, vt nominatim subtilis admodum noster probauit Costa *in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de lib. & posthu. in princ. nu. 46. cum seq.* nec immerito. Nam cum lex illa Regia dicat valere testamentum, in quo parens de tertia tantum disposuit, necessario intelligenda est, de dispositione facta titulo vniuersali hæreditatis, quia, scilicet, in tertia aliquem hæredem fecit, aliter testamentum, dici nullo modo potest, capite carens, id est, institutione hæredis, vt adnotauit Bald. *in l. proxime. numer. 3. ff. de his, quæ in testament. delentur.* firmans codicillum magis quam testamentum cẽsendum esse, in quo hæres nullus scriptus reperitur, licet testamentum se facere defunctus dixerit, *per l. fin. C. de codicill.* quæ communis sententia est, *teste Paris. lib. 2. cons. 31. nu. 46.* Et ea Costæ sententia retenta vtique in fauorem hæredis instituti in tertia videbatur respondendum, quod sit habiturus emphyteusim, non liberorum quisquam, qui in hac specie legitimam tantum consequuntur bonorum, quæ quotam continet, *vt iam supra admonuimus, quæst. 9. num. 5.* Cuius tamen oppositum legislatori *in hoc. §. 2.* visum est statuenti, filiis concedendam nihilominus emphyteusim esse, aut ascẽdentibus, & si tertiam bonorum suorum parens alii relinquat, intellige quouis titulo etiam hæreditatis. Et est decidenti ratio in promtu, quia quamuis tertia sub titulo hæreditatis relicta, desinat quota esse bonorum, nihilominus tamẽ, quia filii in reliquis bonis, hæredes sunt instituti, tacite quidẽ is, qui in tertia institutus est hæres, legatarii loco habetur, vt notatur *in l. 1. §. si ex fundo. ff. de hæred. instit. cum aliis, quæ diximus supra, quæst. 9. num. 5.* Nec me mouit vnquam Costæ sententia, & auctoritas volentis, titulo institutionis legitimam in his Regnis relinquendam esse, tum quia eam traditionem, nec praxis admittit, nec iuris præcepta fouent, vt nos fusius *lib. nostro quæstio. forens. & controuers. ciuil.* resoluimus, quem Deo propitio, in lucem emittemus. Tum etiam, quia illa Costæ traditio, nostram magis tuetur, quam lædit sententiam, siquidem non illa obstante lex Regia, *d. §. 2. tit. 62. lib. 4.* emphyteusim concedit filiis, negans illi, cui fuit tertia relicta, titulo, scilicet institutionis, quemadmodum Costa intellexit, relinquendam esse. Non igitur filiis, quoad emphyteusis assecutionem, nocet, alii extraneo relictam esse tertiam, de qua libere testari possumus, per. *d. l. Reg lib. 4. tit. 70.*

Sed † an idem sit obseruandum, quando alicui 18
de liberis relicta est terria? quęstio est, cui caussam, legis Regiæ verba subministrarunt, in *d. §. 2. tit. 62.* ibi, *Posto que leixe a sua terça, a outra pessao, que não seia ascendente, nẽ descendente.* Quibus videtur significare legislator, oppositum fore respondendum, quoties alicui de liberis, tertia est relicta: Huic enim tanquam magis dilecto, emphyteusis concedenda videtur, prout aliquando vidi in praxi, respondisse peritissimos viros intelligentes, id l. Regiam significare. Ego autem contrarium colligi existimo ex illis verbis, quæ fuerunt adiecta, ad exclusionem eorum, quibus est relicta tertia. Ex quibus induci argumentum non potest ad ascendentium, vel descendentium exclusionem, ex regula *l. legata inutiliter. ff. de adim. legat.* Ponderabã etiam illam dictionẽ, *posto,* quæ implicat casum contrariũ, & sic, quando tertia est alicui de liberis reli-

cta: quo casu, magis æqualitatis obseruandæ gratia, videtur parens secundo genito, tertiam relinquere, quam animo emphyteusim negandi primogenito, quo sane iure vtimur. Sed iam calamum suspendamus, & ad §. 3. interpretationem progrediamur.

SVMMARIA.

1 Intestatum decedere, quis dicitur, sex modis.
2 Pupillus, & similes, qui testari non possunt, an dicantur decedere intestati, & ad emphyteusim, an nominare possint.
3 Pupillus intestatus non dicitur decedere, quia testari non potest.
4 In contrarium, imo quod pupillus etiam proprie decedat intestatus propter communem vsum loquendi.
5 Communis vsus loquendi attendendus.
Interpret. l. 1. ff. de suis, & leg. hered. nu. 6. 7. & 8.
9 Resolutio quod lex Regia, lib. 4. tit. 62. §. 3. ampliatur etiam in pupillo, & quouis alio intestabili.
10 Ab intestato dicitur pupillus decedere.
11 Sine testamento decedit etiam impubes, & similes.
12 Interpretat. l. fin. ff. qui pet. tutores.
Conditio si decesserit intestatus, adimpletur, si pupillus grauatus decedat.
13 Ampliatur lex Regia d. §. 3. etiam in eo, qui ex post facto, est factus intestatus per querelam, vel alias.
14 Tempus formaliter est probandum.
15 Qualitas ad actum, necessaria sufficit, quod in tempore interueniat, licet non duret.
16 Vnius temporis inclusio, est alterius exclusio.
17 Interpreta l. si quis posthumos. 9. §. si filium. ff. de lib. & posthum.
18 Vt quis testatus decedat, exigitur, quod testamentum validum sit, & plenum effectum sortiatur.
19 Ampliatur Ordinatio, d. §. 3. in eo, qui fecit testamentum nullum tamen.
20 Ampliatur etiam si nullitas procedat ex filij præteritione.
21 Ampliatur. §. 3. in clerico emphyteuta intestato decedente.
22 Bona a laicis possessa, desinunt esse ecclesiastica.
Vtile dominium rei ecclesiasticæ subest legibus secularibus, si fuerit laico concessum.
Bona sortiuntur conditionem personæ, cui adhærent.
23 Ampliatur. §. 3. in emphyteuta Iudæo.
24 Emphyteusis extinguitur, si emphyteuta neminem nominauit in secundam, vel tertiam personam.
Hæres non supplet hoc casu defuncti negligentiam.
25 Fallit, si dominus directus nolit emphyteusim extingui.
26 Fallit, si extant liberi, aut parentes.
27 Fallit, in emphyteusi ecclesiastica.
28 Emphyteusis ecclesiastica non transit ad ascendentes.
29 Feuda non transeunt ad ascendentes.
30 Feudorum, & emphyteusis ecclesiasticæ natura ascendentium lineam excludit, & quare?
31 Ascendentes in feudu non succedunt, & quare?
Feudum pro heredibus concessum, ad liberos tantum pertinet.
32 Ratio Baldi, & aliorum, quare feuda parentibus denegentur.
33 Vbi pensio annua est soluenda, parens repelli non potest.
34 Clericus feudi est incapax, quia ad bellum inhabilis.
35 Vbi seruitium est reale, feudum clericus capere potest.
36 Feudum, quare non transeat ad ascendentes.
37 Noua ratio, quare ascendentes non succedũt in feudis.
Feudum pro liberis concessum, ad parentes non transit.
38 Idem in emphyteusi pro liberis concessa.
39 Quando emphyteusis potest ad alios, quam descendentes peruenire potest, & ad ascendentes transire.
Ordinatio tit. 62. §. 1. 2. 3. ampliatur etiam in emphyteusi ecclesiastica.
Ordinatio lib. 4. tit. 63. §. 5. ampliatur, vt neq; ascendens possit nominari ad emphyteusim pro filiis concessam.
40 Fallit, quãdo pater filio emphyteusim dedit, quia postea filio succedens illam obtinebit.
41 Fallit in emphyteusi antiqua.
42 Nominatio nulla, aut reuocata, non nocet domino, quominus extinguatur emphyteusis.
43 Extincta emphyteusis est, vbi nulla reperitur nominatio facta, vel saltem nulliter facta, aut reuocata, quo casu reuocari potest dummodo emphyteuta ascendentibus, & descendentibus careat.
44 Filius ab intestato, patri succedens quasi nominatus emphyteusim consequitur.
45 Filius ab intestato vocatus, potest hereditatem repudiare, & emphyteusim capere.
Emphyteusim potest filius capere, & hereditatẽ repudiare.
Hæres proprie est, qui adiuit hereditatem.
Tempus a defuncto præscriptum, ad aliquid dandum, heredi currit a die adita hereditatis.
46 Hæres scriptus, nisi hereditatem adeat, emphyteusim non habebit.
Filius heres institutus emphyteusim consequitur, si hereditati se immisceat.
47 Filius ab intestato, vt emphyteusim consequatur, debet heres esse.
48 Fallit ordinatio, d. §. 3. tit. 62. in filio, qui non est hæres.
Paria sunt non extare, vel repudiare.
Qui repudiat hereditatem, non excludit fœminas.
49 Monachus Minorum, & inhabilis ad succedendum, non excludit sequentem in gradu, aut fœminas, alias exclusas, si ille habilis foret.
50 Ordinatio Regia lib. 4. titu. 62. §. 3. restringenda est ad filium habilem, & paternæ successionis capacem.
51 Exheredatus filius caret emphyteusi.
52 Emphyteusim pro liberis concessam, pater vni prælegare non potest.
Interpret. Ordinatio, lib. 4. tit. 63. §. 5.
53 Fallit ordinatio, lib. 4. tit. 62. §. 3. in eo qui patris hereditatem repudiauit.
54 In contrarium, imo quod repudians hereditatem, obtinebit emphyteusim.
Ordinatio, lib. 4. tit. 62. §. 4. interpretata.
Ordinatio, lib. 4. tit. 71. §. 1. interpretata.
55 Antiquitas ante legem scriptam, nullam constituebat differentiam, inter legitimos, & bastardos.
56 Nouus sensus doctorum Conimbricensium, sed non probatur, nu. 56. 57.
57 Filius militis patri succedit, si tempore natiuitatis pater adhuc erat plebeius.
Filius naturalis, de iure communi, non succedit patri, de iure vero Regio, sic, dummodo pater sit plebeius, quo casu emphyteusim consequitur, & ascendentes excludit.
59 Ordinatio, lib. 4. titu. 71. interpretata, & ampliatur etiamsi adsint descendentes, quos naturalis filius excludit, ab hereditate, & emphyteusi.
60 Legitimatus cum succedit ab intestato, emphyteusim petit.

Verbum possit pro debeat aliquando ponitur.
61 *Dies a defuncto præscripta, attendenda est, licet non sit hæreditas adita.*
62 *Monachus fratrum Minorum, in latiorem ordinem translatus, capit emphyteusim.*
Vbi agitur de successione ab intestato, tempus mortis attenditur.

QVÆSTIO XII.

Sequitur §. 3. cuius materia frequens est in foro.

E *Finando se o dito foreiro abintestado, não nomeando alguã pessoa, ao dito foro, & sem outro algum herdeiro ascendente, ou descendente, em tal caso, fique esse foro devolvido ao senhorio. E ficando per sua morte, algum filho lidimo, neto, ou bisneto barão, em tal caso deue esse foro ficar a elle, & pagar a pensão delle, segundo forma do contracto: & bem assi a filha, ou neta, não auendo hi filho barão, posto que seia mais moço, que a filha, ou neta. E onde hi ouuer o dito filho, ou filha, não auerá o dito foro neto, ou neta, posto que o neto seia filho de filho mais velho. E onde muitos filhos, & filhas ouuer, sempre o mayor dos filhos, ou a mayor das filhas, á mingoa dos filhos, aia o dito foro, & pague a pensão delle, segundo forma do contracto. E se o dito prazo for comprado, ou teuer o finado nelle feitas bemfeitorias, guardarse-ha acerca do preço, ou bemfeitorias, o que differemos no titulo, de como se hão de fazer as partições.* Id est, *Decedente emphyteuta ab intestato, non facta nominatione, seu electione alicuius personæ, ad prædictam emphyteusim, & absque alio hærede, ascendente aut descendente, eo casu emphyteusis ad dominum deuoluatur. Quod si ei superstes sit aliquis filius legitimus, nepos, aut pronepos masculus, tunc emphyteusis ad eum pertinebit, qui soluet pensionem secundum formam contractus. Deueniet etiam ad filiam vel neptem non existente filio masculo, quamuis sit iunior, filia vel nepte. Vbi autem extiterit filius filiaue, nepos neptisue emphyteusim non obtinebunt, quamuis nepos, ex filio seniore sit progenitus. Vbi vero plures filij, filiaue extiterint, semper filius senior seu maior ætate ex filiis filiabusue, in defectum filiorum, habeat prædictam emphyteusim & soluat eius pensionem, secundum formam contractus: Quod si prædicta emphyteusis fuerit emta, aut defunctus, in ea fuerit aliquas meliorationes circa precium & emponemata obseruabitur, in titulo, de iudicio familiæ herciscundæ.*

Notabilis est huius. §. decisio, multa continens in hac materia vtilia, scituque digna, quæ omnia exacte persequemur.

1 Ibi, † *Ab intestato*, Intestatus dicitur, qui testamentum non fecit, vel quod fecit, irritum factum est. Sex autem modis dicitur quis intestatus decessisse. *Primo*, quando testamentum non fecit. *Secundo*, quando non iure fecit. *Tertio*, quando iure factum ab eo testamentum, posthumi agnatione rumpitur. *Quarto*, quando nullus apparet hæres, qui hæreditatem adeat. (qui quatuor modi probantur *in princ. instit. de hæred. quæ ab intest. defer.*) *Quinto*, quando filius a patre omissa legitima caussa exhæredationis, reperitur exhæredatus. *Sexto*, quando testamentum per ius prætorium remedio contra tabulandi rescinditur. His tamen duobus vltimis casibus, dicitur non a principio, sed ex post facto decedere intestatus, *vt habetur in l. vt liberis, C. de collatio.* Differt enim multum fecisse me testamentum, vel nulliter fecisse, *vt tradit notabiliter Roma. consil. 199. col. 1. & 2. & Decius, numer. 2. d. l. vt liberis.* Hos sex modos decedendi ab intestato, tradit Roland. *de successio. ab intestato, fol. 63. verso, numer. 1. libr. 6. tractat. & tractatus Viglio additus incerto auctore de successio. ab intest. a num. 6. pag. 29.*

Consideratur † etiam alia ab intestató successio, quando is, de cuius hæreditate agitur, testamentum facere minime poterat, qualis est pupillus, *filiusfamilias, furiosus*, & similes testamenti factione, actiue carentes, quorum hæreditas proximioribus ab intestato succedentibus, secundum communes regulas defertur. Sed an *intestati decedere dicantur, vt consequenter, legis Regiæ dispositio in hoc. §. 3. sit in illis obseruanda*, tractatu digna quæstio est, & in praxi quacumque alia frequentior. Contingit enim quotidie, hos emphyteusim habere, & sine testamento decedere, dominumque directum extinctam esse concessionem affirmare, quia nullus reperitur nominatus, ex defectu consensus, quo isti carent, adeo vt nequeant dici, vocasse se ab intestato successuros. iuxta *l. conficiuntur. ff. de iure codicil.* E contra ab intestato succedens ascendens, vel descendens emphyteusim sibi adiudicandam fore contendit, ex dispositione d. l. Regiæ. §. 3. intelligens ad hunc casum, illam esse extendendam, quoniam sic defunctus si interrogatus fuisset, respondisset, respondere si potuisset, aut illi respondere permissum fuisset. Quare quod in *d.* §. 3. disponitur ex tacita defuncti voluntate, hæredes ab intestato succedentes a defuncto vocatos videri, iuxta d. *l. Conficiuntur*, & consequenter ad emphyteusim nominatos: in pupillo, & ceteris, qui testari non possunt, ex legis interpretatione obseruandum est, quia si potuissent, idem respondissent, *argumento notatorum in l. tale pactum. §. fin. ff. de pactis.* Simul ac enim quod lex hæreditatem istorum, venientibus ab intestato defert, & emphyteusim confert. Quid dicendum? Tota difficultas in eo consistit, *an pupillus, & similes, quibus interdicta a iure est testamenti factio, comprehendantur sub verbis l. Regiæ d. §. 3. ibi, finando se abintestado. quo etiam in illis possit eiusdem l. dispositio procedere*, aliter enim quibus verba legis non conueniunt, neque illius dispositio conuenire potest, *l. 1. §. loquitur. ff. de aqua quotidi. l. seruum. §. non dixit, ff. de acquir. hæred. & ff. de damno infecto, l. 4. §. totiens. ff. de administr. tutor. l. ita autem, inquirendum ergo est, an sub verbis l. iis contineantur?* 2

Pro † parte itaque negatiua, quod sub verbis legis, pupillus, & similes non comprehendantur, in primis aduerto legem Regiam *in d.* §. 3. loqui & procedere retento themate concessionis, de qua *in princ. d. titu. 61.* facta est mentio, & sic in casu, quo fuit concessa emphyteusis, *pro eo quem nominabo*, id est, *si nominabo.* In qua specie illa conditio debet proprie, & in forma specifica non improprie adimpleri, *secundum adnotata in l. qui hæredi. ff. de condit. & demonstrat.* Quo præmisso resoluendum est, sub verbis, *d.* §. 3. pupillum, & huic similes, qui testari non possunt, non comprehendi, quoniam proprie, vereq; loquendo, ille tantum dicitur intestatus decessisse, qui potuit, & noluit testamentum facere: pupillus vero, & similes abusiue, & improprie dicuntur intestati: ea nempe ratione, quia successorib. ab intestato, ex legis dispositio- 3

ne eorum hæreditas defertur: vt nominatim nos Vlpian. docuit *in l. 1. in princ. ff. de suis & legit. heredi.* cuius hæc sunt verba, *Intestati proprie appellantur, qui cum possent testamentum facere, testati non sunt. Sed & is, qui testamentum fecit, si eius hæreditas non est adita, vel ruptum, vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicetur decessisse. Plane qui testari non potuit, proprie non est intestatus, puta impubes, furiosus, vel cui bonis interdictum est.* Vides quam serio Vlpianus hanc rem pertractans, distinguit inter eos, qui testari possunt, & hos ait intestatos proprie decedere, si testamentum non facere: & eos qui testari non valent, quos improprie, & abusiue intelligit intestatos dici posse, *tradit Decius cons. 466.* Quod etiam Iustinianus fere docuit *in prin. Institut. de hæredit. quæ ab intestato defer.* vbi id tradunt glo. & Dd. verumque id esse, euidenti argumento, & ratione manifestum est. Nam cõtrariorum ea est natura, vt vbi proprie stare nequit vnum, ibi etiam proprie stare reliquum non possit, *l. Pater Seuerinam, in princ. ff. de condit. & demonstrat. l. Eius est velle ff. de regul. iur. habetur in l. is potest ff. de acquir. hæred.* Atqui in casu nostro pupillus, & similes proprie testati dici non valent. Ergo in casu contrario, minime dici possunt proprie intestati, contrariorum siquidem eadem omnino est disciplina.

Vlterius in hac successione ab intestato, inest quædam coniecturata defuncti voluntas, quod voluit ab intestato, venientes succedere, *l. Conficiuntur. ff. de iure codic. l. si cum patrono, in princ. ff. de contra. tabul.* quæ quidem voluntas proprie loquendo cessat in his, qui velle non possunt, ergo intestati minime dici possunt: Quæ fuit sententia Signotoli *consi. 6. num. 8. cum seq.* respondentis in materia stricte interpretanda, appellatione intestatorum, minime contineri pupillos, furiosos, & similes, quibus de iure testamentum facere, non est permissum: Qui est profecto casus, de quo agimus, in quo debet nominatio fieri, & adimpleri proprie, & in forma specifica. Concordat Bald. *vbi late in c. 1. de success. feudi, num. 5. & 6.* sequuntur quamplures alii, quorum meminit diffuse Barba. *in cap. Cum tibi, a num. 19. de testam. & plures alij relati, per Parisium lib. 2. consi. 20. num. 24. cum sequent. & cons. 22. num. 2.* plurimos refert, Brunus, *de statuto exclud. fœminas. 8. artic. quæst. 12.* vbi hanc testatur esse magis receptam sententiam, quem ibi refert Paris. *nu. 22. & cons. seq. num. 31. rursus, & cons. 73. num. 32. eod. lib. 2.* Et hanc opinionem in materia exorbitante, & stricte interpretanda, dicit communem Mathes. *de successio. ab intestat. 3. membr. primi art. nu. 5.* addens contradictorem non habere. Vt enim dispositio exorbitans, vel aliter stricte interpretanda, intelligenda est in casu vero, non ficto, & improprio, *l. 3. §. hæc verba. ff. de negot. gest. l. 1. §. is qui nauem ff. de exercit.* ita eadem ratione, vbi in materia stricte interpretationis, fit mentio intestati, debet intelligi de eo, qui potuit testari, & sic qui proprie dicitur intestatus decedere, non de pupillo, aut simili, qui proprie intestatus non potest dici decedere, *vt tradit Socin. Iun. lib. 1. cons. 3. nu. 8. & 9.* & magis communem & æquiorem hanc esse sententiam testatur Crotus, *in l. omnes populi ff. de iust. & iur. num. 241. in fin. cum sequent.* vbi plura pro hac parte adducit argumenta, quibus tamen ostendit posse responderi, & huic magis sententiæ accedit Gregor. Lopez *in l. 1. tit. 13. Parit. 6. in glo. 1.* ex auctoritate Bald. *d. c. 1. de success. feudi.* & Alexan. *lib. 2. consi. 115.* qui late hunc articulum prosequitur resoluens statuta exorbitantia, qualia sunt excludentia matrem a successione filii intestati, non includere pupillum filium, qui proprie loquendo non potest dici intestatus, *d. l. 1. ff. de suis & legit hered.* tradit Goza. hanc eandem sententiã probans *consi. 35. nu. 13. & Mayne. in l. ius nostrum, num. 34. cum seq. ff. de regul. iur. & post Alex. in l. Generaliter, nu. 4. C. de insti. & substit.* hanc dixit communem Boer. *cons. 34. nu. 2.*

Contrarium † tamen, quampluribus placuit 4
iuris nostri auctoribus, imo quod lex, vel statutũ exorbitans, a regulis iuris communis, quale est excludens matrem, a successione filii intestati, includit etiam casum filii impuberis, qui secundum communem vsum loquendi, etiã intestatus proprie decedit, voluit Bar. *in d. l. 1. ff. de suis, & legit. hæred. ante num. 3. cum seq. & in consi. 138. Roma. in l. in testamẽto, C. de testam. milit. & consi. 4. rursus, & 32. Paul. in l. 2. C. de impub. & aliis, & consil. 48. lib. 1. Ancha. consil. 177. Zaba. 111. Socin. cons. 35. lib. 3. & 81. col. 2. lib. 4. Decius, cons. 563. Iaso. in l. potest. num. 7. ff. de vulgar. & cons. 130. col. 2. lib. 1. & cons. 196. lib. 2. col. 6. Politus, de pupill. subst. quæst. 4. Alciat. in l intestatus, ad finem, de verbor. signif. Rosella, de success. ab intesta. a num. 205. vol. 6. tract. fol. 76. Corne. in l. generaliter, nu. 4. C. de instit. & substit. & lib. 1. consi. 75. num. 18. & 336. num. 7. eod. lib.* firmat communem Socin. *lib. 4. consi. 81. nu. 9. cum seq.* Quam sententiam post Iaso. obseruare palatia firmat Boerius, *consi. 34. num. 2. & in consuetud. rubric. de testam. §. 3. versi. sed quæro de quæstione, quibus adde Natam, in c. si pater, de testam. in 6. col. 56. in fine, cum seq. & Barba. qui diffuse rem tractat. in c. si tibi de testam. a num. 19. & lib. 3. consi. 67. col. 2.* dicit communem Paris. *lib. 2. consi. 20. num. 24. Mayner. d. l. ius nostrum. ff. de reg. iur. ad finem, Mathes. de success. ab intestato. 3. membr. primi articuli, num 6.* qui postquam adnotauit priorem sententiam carere contradictore, subdit limitandam esse, stante vsu loquendi, secundum quem intestabilis intestatus dici potest: Probat hanc etiam sententiam Socinus nepos. *lib. 1. consi. 3. num. 25. cum sequent. tradit Parisius, lib. 2. cons. 22. a num. 9. & 15. & 23. & consi. seq. nu. 32. cum seq.* vbi quam plurimos refert doctores, *in d. cons. 22. num. 23.* Et hanc magis videtur probare Crotus nonnulla fundamenta adducens in *l. omnes populi. ff. de iust. & iur. num. 241. cum seq.* quatenus argumentis ibi pro parte contraria adductis respondet, innuens solida non esse. Hanc denique opin. verissimam arbitratur Carol. *in addi. Alex. d. 2. cons. 115. in princ.*

Nec † mouere quempiam debet ille tex. *in l. 1.* 5
ff. de suis, & legit. hæred. quatenus videtur probare pupillum, & similes proprie intestatos non decedere, quia testari non possunt, quoniam vt Bar. & sequaces in locis iam citatis adnotarunt, vsus loquendi efficit, quod pro intestatis habeantur, qui quidem loquendi vsus, secundum eosdem auctores, præualet proprie verborũ significationi, quia secundum illum communem vsum loquendi, & sensum, videntur verba a disponente prolata, tradit Ripa, *in c. 1. de iudic. num. 92. Tiraqu. de retract. §. 2. in princ. a num. 5. Curt. seni. consi. 9. num. 10.* resoluens, quod excludit omnem aliam regulam, & interpretationem, tradit Carolus, Ruinus, *in rubr. ff. de noui oper. nuncia. a num. 22. & ibi Niconi. a num. 149. &* Alphon-

Alphonsus Castrensis, lib. de lege pœnali fol. 51. verso. Quæ est ratio propter quam I.C. *in d. l. 1. ff. de suis, & legit. hæred.* ait, *Sed, & hos quoque, pro intestatis accipere debemus,* propter vsum, scilicet, loquendi, secundum quem, & hi qui testari non possunt, intestati dicuntur, *vt explicat Parisius lib. 2. cons. 22. nu. 24. cum seq.*

6 Qui † sensus, & si communis sit, ad casum illius tex. cõuenire minime videtur, quia I. C. ibi de hoc loquendi vsu minime fecit mentionẽ. Quare intelligere Iureconsultum ibi respexisse, communẽ loquendi vsum, diuinatorium sane est, & omnino reiiciendum, maxime cum verbum, *intestatus*, profertur a legislatore, seu viro perito, cuius sermo est intelligẽdus, secundum quod periti in arte intelligunt, non secundum, quod vulgus, vt explicant Bald. *d. c. 1. de success. feudi, & sequaces,* quorũ, ante meminimus. Quod forte agnoscens Socinus iunior *lib. 1. cons. 3. nu. 25. cum seq.* Bar. sensum reiiciens, intelligit, intestatum cẽsendũ esse pupillum, & ei similes, qui testari non possunt ex interpretatione d. legis primæ, quæ ita censuit, cui quidem legis pręcepto, & interpretationi standũ, & obtemperandum est, nec aliter existimandum est, cum agitur de successione eorum, ex Bar. doctrina, *in l. si maritus. §. legis Iuliæ. ff. de adulter,* recepta secundũ Socinũ, *in d. cons. 3. n. 26. lib. 1.* quod ita etiam in specie aduotauit respondendum Paris. *lib. 2. cons. 22. nu. 29. in fin. cum seq.* addens de potestate legis, seu responsi Iurisconsulti hæsitandũ non esse, ex auctoritate Imperatoris *in §. responsa prudentũ, instit. de iure naturali, habetur in l. 2. ff. de origine iur. & in l. Gallus, in princ. ff. de lib. & posthu. tradit Signo. cons. 101. col. 2. versi. his præmissis,* resoluẽs Iureconsultos potuisse, detrahere propriæ verborũ significationi, & illi addere, aut modificare. Quare sensui verborum, a Iurisconsultis præscriptio necessario adhærẽdum esse ait, & hæc est omnium firma resolutio: secundum quam, inquit Paris. *d. cons. 22. nu. 31.* respondendũ est voluisse Iuriscõsultum *in d. l. 1. ff. de suis, & legit. hæred.* docere, verũ esse, eum proprie dici intestatum, qui testamentum, cum facere potuit, non fecit, ampliandũ hoc tamen esse, in pupillo, & similibus, qui licet non possint testari, intestati decedunt. Quam verbi, & significationis ampliationem a lege factam, firmiter tenere debemus, & consequenter, quod licet ante illam Iurecõsulti ampliationem, pupillus, & similes proprie nõ possent dici intestati decedere, post illã tamẽ proprie intestati decedunt: quia tradita sunt ab eo, qui habuit ita tradendi, & ampliandi facultatem *ex Bal. in l. fin. q. 14. C. de hæred. instit. & Bruno. quem refert Paris. in d. cons. 22. nu. 31. cum seq.* vbi etiam ponderat illud verbum, *debemus*, de quo *in d. l. 1.* quod necessitatem importat, asserens eam ampliationem necessario fore obseruãdam. adeo vt necessarius non sit vsus loquendi, *vt Bart. existimauit.* Quod etiam persuadetur, si intelligamus, hanc ampliationem per viam fictionis a Iurisconsulto, *in ea l. 1.* inductam fuisse, vt illa verba, innuunt, ibi, *pro intestatis accipere debemus.* Iod acta enim per fictionem, veritatem pręse ferunt, *vt ibi Parisius tradit, num. 34. cum sequ. d. cons. 22. lib. 2. omnino videndus*, quoniam fusius quidem hæc omnia tractat.

7 Veruntamen † Politus, *lib. de pupillari substit. q. 4. num. 8. & 9.* constanter asseuerat, verum non esse, quod nostri interpretes, ex *d. l. 1. ff. de suis, & legitimis hæred.* deduxere, illum tantũm dici intestatum, qui cum testamentum potuit facere, non fecit, & cõsequẽter pupillum, & ceteros intestabiles proprie loquendo intestatos dici non posse: aduertens secundum verum sensum, hanc dictionem, *intestatus*, nihil aliud proprie significare, quam non testatus. Solet enim præpositio ista, *in*, in compositione negare. Cum enim volumus, quẽ non prouidum dicere, *improuidum* appellamus: *imprudentem*, non prudentem, non doctum, *indoctum*, non factum, *infectum*, &c. Quorum argumento etiam *intestatus* dicitur, non testatus, siue is facere testamentum noluerit, seu etiam non potuerit. Sic enim *infectum* dicimus id, quod quis, aut noluit, aut facere non potuit. Sic etiam nobis *ignotum* dicitur, quod vel noluimus, vel non potuimus nonisse. Quamobrem secundum genuinum verbi sensum, non minus dicitur *intestatus*, id est, non testatus, qui non potuit facere testamentum, quam qui potuit, & noluit, quod sine dubio verissimum esse videtur. Sed quia obstant Iurisconsulti verba in *d. l. 1. ff. de suis, & legitim. hæred.* a nobis iam supra relata, quatenus significare videntur, illum proprie intestatum dici posse, qui testamentum noluit facere, Politus *d. q. 4.* notabiliter verbum illud proprie, exponit, id est, superflue, quasi dixerit, adeo manifestum est intestatum decedere eum, qui noluit testari, vt proprie, id est, superflue id exponatur, seu declaretur, quemadmodum contingit in eo, qui dicit, *ego te oculis vidi*. Satis enim est dicere, *ego te vidi*, siquidem aliter, quam oculis videre non potuit. Vnde si quis velit explicare, quid sit videre, per figuram dicet, *est oculis conspicere*, proprie, id est, superflue loquendo: siquidem satis est dicere, videre, est *conspicere*, quando aliter, quam oculis nemo videre potest, qua vsus figura Iurisconsultus *d. l. 1.* respondet *intestatum* proprie, id est, superflue dici, eum qui noluit testari, aut cuius testamentum est irritum, vel quia aliqua de caussa fuit infirmatum, aut quia ipse testari non potuit: Hunc enim, inquit Iurisconsultus, etiam intestatum dicere debemus, non minus, quam eum, qui testari cum potuit, noluit: Secundum quem sensum, non minus proprie pupillus, & ei similes intestati decedunt, quam ceteri, qui cum potuerunt testari, noluerunt.

Quamobrem † additio Alex. *lib. 2. cons. 115. versi. minus obstat*, hunc sensum Politi, & expositionem non improbans, aliter exponens, ait Iurisconsultũ in *d. l. 1.* recte dicere, intestatum proprie dici eum, qui testari potuit, & noluit: id enim sensus verbi, *intestatus* exigit, qui negat, quasi dicatur, non testatus. Quod autem Iurisconsultus subdit, eum qui non potuit testari, non proprie intestatum dici posse additio illa exponit, *non proprie*, id est, *non appropriato*, seu peculiariter dicitur intestatus, qui testari non potuit, quasi dixerit, hoc verbum, *intestatus*, non esse peculiare impuberibus, & similibus, qui testari non possunt, quia etiam adultis, & quibusuis aliis, qui testari possunt, conuenit. Appropriate enim pupillo, & similib. conuenit, *intestabilis* nomen, non *intestatus*, non tamen proinde desinit decedere intestatus, qui testamentũ facere nõ potuit: Secundum quem sensum, voluit in ea l. 1. Iurisconsultus docere, hanc dictionem, *intestatus*, peculiarẽ esse, & appropriatã illis, qui possunt te- 8

stati. Et hoc est quod in principin dixit, *intestatos proprie*, id est, appropriate dici, qui facere testamẽtum possunt: Improprie vero, id est, non appropriate illos, qui testari non possunt, nihilominus tamẽ hos, & illos intestatos esse: & tales dici posse, proprie loqnendo, & ita vox ipsa, *intestatus*, sonat, id est, *non testatus*, vt post Bald. & Signor. exponit Parisius, *lib. 2. consi. 22. nu. 25.*

9 Ex † qnibus lex Regia *d. §. 3. tit. 62. lib. 4.* intelligenda est, vt procedat, tam in emphyteuta decedẽte ab intestato, quia nolnit, testamẽtum facere, quam etiam quia nnn potuit: quia, scilic. pupillus erat, furiosus, prodigus, aut alias intestabilis. Omnes enim (*vt intelligunt Bar. & communiter*) intestati decedunt, secundum communem vsum loqnendi: & propterea in illis verificantur verba legis, vel etiam statuti excludentis matrem a filii successione, vel alterius quantumuis correctorii, & exorbitantis, qualis omnino d. l. Regia non est, propter fnmentum, quod a iure communi habet, *vt infra dicemus. & iam supra, in princ. d. titu. 62. adnotauimus.* Vel etiam secundnm Socinnm iuniorem *d. consi. 3. nnm. 25. cum sequ. lib. 1. & Paris. in d. lib. 2. consi. 22. nu. 29 in fine, cum seq.* quia ex Iurisconsulti interpretatione, seu ampliatione etiam hi intestabiles, intestati sunt, proprie lnquendn, *vt hi auctores, & maxime Parisius docent.* Vel etiam, quia *d. l. 1. ff. de suis, & legiti. hered.* neutiquam probat, interpretes nostros voluisse, intestabiles improprie dici intestatos: siquidem verius est, quod vere, & proprie loqnendo, intestati sunt, & decedunt, vt præfati auctores docent, & merito quidem. Quoniam in iure nostro, plerumque impuberes simpliciter intestati vocantur, vt est videre *in l. Pater. 14. §. fi. ff. ad legem Falcid.* ibi, *Portio quidem paternornm bonorum, quam intestatus puer accepit:* & *in l. qui duos. 10. ff. de reb. dubiis,* vbi duo fuerunt fratres impuberes scripti hæredes, & Triphuninns, ita subdit, *Dixi, si ex ordine vita decessissent, priori mortuo, frater ab intestato heres erit, posterioris substitutus.* Habetur *in princ. instit. de heredi. quæ ab intestato defer.* vbi etiam horum, qui testari non possunt, hæreditas continetur: & ne intestati decedant innenta fuit pupillaris substitutio, *vt in princ. instit. de pupillari. & in l. 2. ff. de vulgar.* Rursus, & exemplaris in fauorem furiosi, ne similiter intestatus decedat, *vt Habetur in l. Humanitatis, C. de impub. & aliis, Gomez. in 1. tomo, cap. 6.* Ex qnibus proculdubio resoluendum est l. Regiam, *d. §. 3. lib. 4. titu. 62.* intelligendam esse, in emphyteuta intestato decedente, & si ille pupillus sit, qui ab intestato dicitnr decedere, *Socin. in l. qui duobus. ff. de rebus dubiis, col. 1. additio Roland. in tractat. de successio. ab intestat. num. 4. lib. 6. tractat. fol. 63.* item filiusfamilias, furiosus, prodigus, vel alias intestabilis sit: idque sine hæsitatione praxis obseruat.

10 Quæ † resolutio, in his Regnis, eo magis obseruanda est, quia d. l. Regia in *d. §. 3.* non loquitur, seu mentionem facit, de emphyteuta, intestato decedente, sed magis de decedenre ab intestato, vt ex verbis legis patet, ibi, *finando so ab intestato.* In qua specie, quia bona magis, quam personam lex respicere videtur, omnis cessat controuersia, quoniam non minus ab intestato deferuntur bona intestabilis, quam testabilis, vt resolnit Salic. *in l. cum antiquioribus. C. de iure delib. num. 12. Fulgos. in l. generaliter. C. de institut. & substitut.* vbi eos probat Alexand. *col. penultim. nnm. 6. & Corneus, col. fin. Paulus, in l. Omnem, C. ad Tertul. Barba. in c. Cum tibi, de testament. num. 83.* qui firmat communem, *& consil. sequen. num. 33. Crotus, in l. Omnes populi, ff. de inst. & iure, ante num. 244. versi. tenendo. Goza. consil. 35. num. 14. & num. 5. & post d. num. 14. in responsione ad septimum,* licet contradicat additio Alexand. *lib. 2. consi. 115. versi. sed præsuppone*, intelligens hanc differentiam, inter intestatum decedentem, & ab intestatn morientem verbalem omnino esse, non realem, & proinde contemnendam, de qua re vide Alex. *in l. generaliter nu. 5. C. de instit. & substit. & ibi Corn. nu. fin.* qui plura refert concordantia.

Quibus † adde, idem fore respondendnm, vbi lex, vel statutum matrem exclusetit a filii successione, si ille sine testamento decedat, ex his, quæ tradit Alexand *in d. l. generaliter, C. de instit. & substit. num. 5.* iunctis his, quæ supra resoluimus, intestatum vere decedere impnberem, & ceteros testamenti factione carentes. Hos enim sine testamento decedere in his Regnis, extra controuersiam est, per l. Regiam, *lib. 4. titu. 75. in princ.* vbi l. Regia loquitur, de filiofamilias, & sic de intestabili, & dicit, *finandoseo filho, on filha sem testamento.* Mnrtuo igitur filiofamilias emphyteuta impubere, furioso, & si qui alii sunt similes, sine testamento, obseruanda erit l. Reg. dispositio *d. §. 3. per supra scripta.* Cui resolntioni minime nocebit, quod in contrarium adduximus legem Regiam, *d. §. 3.* relatam ad principium titu. loqui, & procedere in eo, qui habet nominandi potestatem, sub conditione collatam, *si nominabit*, quæ conditio debet vere, & in forma specifica adimpleri, *vt habetur in l. Mæuius, & in l. qui heredi. ff. de condit. & demonstrat.* Quare videbatur per tam impropriam nominationem, illi conditioni satisfactum, si præsertim consideres, in hac specie concurrere plura specialia, nempe, qnod intestatus decedens, videatur nominare, & quod impubes dicatur intestatus decedere, contra regulam, *l. 1. C. de dotis promiss.* Quoniam respondemus, per supra scripta, verius esse, impuberem, & illi similes vere intestatos, vel saltem ab intestato, seu sine testamento decedere. Quocirca nulla in hac re datur specialitas, quæ est ratio, propter quam etiam in conditinnali dispositione Iurisconsultis placuit, impuberem intestatum dici posse, vt est casus singularis in *l. fin. ff. qui petant tuto.* vbi patet filio impubere hærede relicto, illius matri centum reliquit, *si filius intestatus mortuus erit*, quo ante ætatem legitimam impubere decedente, *an possit mater legatum petere*, dubitabatur? Et respondet Triphoninus, *fideicommissi petitio, quæ ex alieno iudicio descendit, non est perempta.* Ecce qualiter etiam vbi agitur, de adimplenda conditione, *intestatus* dicitur, decedere impubes, licet condere testamentum non valeat: Quod vt ego intelligo, eo fit, quia verius est, etiam intestabiles, intestatos decedere, quod in eadem *l. fin.* paulo ante Iurisconsultus probat, quatenus matrem non petentem tutorẽ filiis impuberibus dari, eam a successione arcet, ac remouet, ibi, *Hæc autem mater, ab omni quidem bonorum vindicatione, intestatorum filiorum repellitur.* Quo etiam in loco simpliciter impuberes filios intestatos appellat. Cõcordat Paul. *in l. Lucius, 45. ff. de vulgari,* vbi similiter pu-

tet pupillum decedentem intestatum dicit ibi, *ideo ad matrem legitimi filii hereditas abintestato pertinet*. Concordat & Vlpiani responsum *in l. 2. §. impuberem. ff. ad Tertulli.* ibi, *impuberem, cui pater secundas tabulas fecit, tunc certum est, intestatum decessisse, cum omiserint substituti hareditatem eius*. Quæ iura plane, iunctis his, quæ paulo ante adduximus, sane probant vere, & simpliciter intestabiles, intestatos decedere. Et propterea Iurisconsultus *in d. l. fi. ff. qui petant tutores*, respondit, non deficere conditionem si intestatus ille, scilicet, impubes decedat, vt nominatim probat Alexand. *in d. l. Generaliter, Cod. de institut. & subsit. num. 3. vers. quinto, & Ias. in l. Gallus, §. & quid si tantum. ff. de lib. & posthu. nu. 30.* licet non agnouerit id vere, & proprie loquendo contingere, sed magis ex qualitate personæ impuberis, ad quem verba directa necessario referri debent: improprie, quando impropria significatione procedere non possunt.

12 Quidam † eximius præceptor meus florentissimæ Salmanticensis academiæ, me audiente, interpretabatur text. *in d. l. fin. ff. qui petant tutores*, prędictam traditionem minime probare, scilicet, conditionem illam, *si intestatus decesserit*, adimpleri, si filius impubes decederet. Negabat enim vir doctissimus in casu illius text. filium impuberem decessisse, quasi id nulla ex parte illius text. colligeretur: ac proinde diuinationem esse asserebat, quod interpretes comminiscebantur, impuberem adhuc filium existentem mortem obiisse. Quamobrem quia Iurisconsultus dicit conditioni, *si intestatus decesserit*, satisfactum esse, proprius est intelligere, quod filius, de quo ibi, pubes iam factus decessit, & sic vere intestatus. Quo casu iure ordinario, in forma specifica, & vera, est conditioni satisfactũ, secundũ Barto. doctrinã deductã *l. Ex regula, l. Mæuius, & l. qui heredi. ff. de cond. & demõstr.* de qua ibi Ias. *d. §. & quid si tantum*, agit *a numero 26. versicul. 2.* & aduersus quam insurgit ex dispositione *d. l. fin ff. qui petant tutores*, quæ modo quo supra intellecta, magis Bartol. confirmat, quam offendit traditionem. Considerabat etiam vir ille in casu illius *l. fin.* fuisse matri legatum relictum, *si impubes filius sine liberis, aut intestatus decederet*; quæ prima pars alternatiuæ, sine dubio conditionem porrigit, & confert in tempus pubertatis, siquidem ante pubertatem filios habere non poterat, secundum vulgatas traditiones. Qua ratione, quia nihil magis, iuris principiis conuenit, quam vnam partem alternatiuæ, per aliam declarari, illa conditio, *vel intestatus decesserit*, referri debet, ad tempus pubertatis, quo proprie dicitur intestatus decedere, *per l. 1. ff. de suis, & legiti. hæredi. cum aliis supra relatis*. Conticuere omnes, intentique ora tenebant. Ego licet tunc propter ætatis imbecillitatem, illius eximii præceptoris interpretationi refragari minime ausus fuerim, nunc iam prouectiore ætate, in qua libere philosophari in theatro doctorum hominum non erubesco, eam interpretationem veram esse non censeo, nec literæ illius responsi cohærere arbitror. Considero enim *in ea l. fin.* Iurisconsultum principaliter tractare, qualiter, & quando mater filio impuberi tutorem non petens, illius successione priuetur, quod postquam statuit, & declarauit, incidenter eam mouet quæstionem, quid sit dicendum, si maritus filio impubere, hærede relicto, vxori centum legauit, *si filius sine liberis decesserit, vel intestatus, an ne hoc etiam legatum amittat, si tutorem petere neglexerit?* Et respondet Iureconsultus illam hoc legatum, non perdere, quia ex iudicio patris debitum illud est. Audi modo Iuriconsulti verba, *Hac autem mater, ab omni quidem bonorum vindicatione, intestatorum filiorum repellitur*: perpendenda sunt cum iudicio illa verba vniuersalia, quæ matrem indignam esse omni bonorum filii adquisitione ostendunt. Quare videbatur respondendum, quod etiam fideicommissum ei relictum, petere non posset. Quæ fuit dubitandi ratio ad versicul. statim sequentem, vbi quæstio incidens proposita est, & deciditur in hæc verba, *Si vero maritus, & fideicommissum a filio reliquerit, cui mulier non petiit tutorem, si sine liberis decesserit, vel sub hac ipsa conditione, si intestatus mortuus erit, fideicommissi petitio, quæ ex alieno iudicio descendit, non est perempta*. Intelligebat vir ille, referendam esse hanc conditionem, ad casum contingentem intestati post pubertatem. Quæso nonne hoc est literam violare, & dubitandi rationem tollere ab eo responso? Quis dubitauit vnquam satisfactum esse conditioni, si intestatus decesserit, pubere facto filio sine testamẽto mortuo? Nemo quidem. Quocirca, vt ille casus dubitandi causam habeat, & titulo conueniat, sumi dubitandi ratio debet, ex eo quod superius Iurisconsultus dixerat, matrem negligentem in petendo tutore omni bonorum vindicatione carere: sub quibus verbis etiam fideicommissum contineri videbatur. Nihilominus contrarium respondet Iureconsultus, quoniam illud ex mariti iudicio vxor capit, non ex filii successione. Porro vt is casus, iuris præceptis conueniat, necessario restringendus est ad casum, quo impubes filius decessit, infra quod tempus potuit contingere hæsitatio, *an mater negligens perdat fideicommissum*, per text. *in l. sciant qui, Cod. de legit. haredi.* Ex quibus plane, meo quidem iudicio constat defendi doctissimi præceptoris nostri traditionem non posse: sed an recte senserimus candidi lectoris esto iudicium. Verius igitur est, quod DD. communiter notant per *d. l. fin. ff. qui petant tutores*, intestatum dici pupillum, etiam vbi per viam conditionis, intestati fit mentio; quod ex ratione a nobis supra scripta procedit, quia intestatus impubes vere decedit, quemadmodum, & quicunque alius, qui noluit facere testamentum. Secundum quam interpretationem, recte quidem lex Regia *d. §. 3.* procedit etiam in emphyteuta impubere filiofamilias, & similibus, qui testabiles non sunt.

Sed † *an procedat in eo, qui testatus decessit, cuius postea vero testamentum irritum, aut ruptum factum est?* 13 quæstio est, quam mouit Bartol. *in dicta. leg. 1. ff. de suis, & legit. heredi. numer. 3.* arguens primo pro parte affirmatiua, quod sic. per text. ibi, quatenus probat vere intestatum esse, cuius testamentum ruptum, aut irritum factum est, quare satisfactum videtur verbis legis *d. §. 3.* de emphyteuta intestato loquentis. Oppositum tamen ipse, resoluit Bartol. quando lex, vel statutum loquitur, de intestato decedente quoniam videtur respicere tempus mortis, & consequenter, quod illo tempore intestatus reperiatur. Qualitas enim adiecta verbo intelligi debet, secundum tempus

verbi.*l.in delictis,§.si extraneus.ff.de noxa.l.quanquam, ff.de aqua.plu.arcenda.l.Titius,ff.de mili.testamen.*Ergo non sufficit, quod ex interuallo causa testati reducatur ad causam intestati,quemadmodum cõtingit in hoc casu, quo testamentum rumpitur, aut aliter infirmatur post mortem testatoris. *§. proximus,instit.de legiti.agna. success.* Quo argumento,vt refert Butrica.*in l. 2. C.de posthum.hæred.instit.* ita fuit Bononiæ semel iudicatum. Concordat Rosella,*de successio.ab intest.n. 210.cum seq.vol.6.tract. fol.76.* quorum sententiam sane iuuat, quod habetur *in Authentic.quæ supplicatio. Cod de precibus Imper. offer.* vbi Bald.& Salic.notant tempus inducere formam,& consequenter id quod lex præcipit, fiat certo tempore, dici præceptum pro forma,& propterea non posse alio tempore fieri,tradit Ias. *ibidem,n.5.*& Cur. iuni.firmans communem,*cons. 176.n.4.Cotta,verbo,tempus.*

14 Qua † etiã ratione alibi scriptũ est tempus,vbi est ad aliquem actum præscriptum, & præfinitũ, nominatim & specifice probandum esse ,*gloss.fin. in d.l.cum autem,18.ff.de nego.gestis,vbi Bartol.& in l.An eadem,§.actiones, ff. de excep rei iudi col.fin. & in l.Non solũ,§.sed vt probari,& ibi late Ias.ff. de noui operis nuncia.idem Iason.in rubric.C.qui admitti.col.2.& est bonus text. in l. 2. §. qui ad munera. ff. de vaca. mune. & in l. matrem,17.Codic.de probatio.tradit Decius,in regul.1.in ambiguis pro dote,de regu iur.n.4 & cons.118 n.4.Cotta, in suis memorab.verbo,probatio. Barba.in rubric. Codic. qui admitti. a numer. 5. Decius, in c.in præsentia, de proba.nu.13.Thomas Gramma.cons.ciuil.44.nu.6.& 7.* qui asserunt verum id adeo esse,vt non sufficiat testes deponere,per verbum,*plus*,vel *minus*,*circa*,*fere*, vel aliud simile, *vt tradit Balb.in 4.par.l.Celsus.ff.de vsucapi.n.13.Alex.cons.16. n. 2.lib.5 Rebuf. lib.de nomina q. 14.numer.11.*Quocirca vbi lex,vel statutum loquitur, *de decedente intestato*, & sic relatione facta ad tempus mortis, vtique illa clausula, seu qualitas intestati interuenire debet, tempore mortis, nec sufficit illam ex interuallo, post mortem contingere,& accedere.

15 Imo † sufficit, quod tempore mortis qualitas contraria adsit,vt legis,vel statuti dispositio limitetur: quamuis successiuo tempore illa deficiat. Nam quoties necessaria qualitas exigitur in actu, certo & determinato tempore,sufficit quod in illo concurrat,licet postea extinguatur, *vt habetur, in l.si quis hæredem,Cod.de insti.& substit.& ibi post alios Iaso.habetur etiam l.sciendum, §.fin.ff.qui satisd.cogan. Saison.qui multis comprobat,in consu.Turo fol.117 col.1. & 2.in titul.de success.articul.29.tradit Paris. lib.2.cons. 189.n.13.cum seq.Bacca, de non melio.filia.c.10.nu.7.Socinus nepos, lib.1.cons. 2.n.33.* Atqui lex nostra Regia, si bene attendis exigit, quod emphyteuta decedat intestatus, & sic tempore mortis, vt ex illis verbis liquido constat,ibi, *finandose o foreiro abintestado*, &c. quæ verba vltra quod sensu directo id probant, stringunt maxime, quia sunt conditionalia, & proinde formam inducunt, secundum quam nisi a principio intestatus emphyteuta decedat,*d.l.* dispositioni standum non erit.

16 Nihilominus † tamen Bartol.*in d.l.1.ff.de suis,& leg.hæred.* contraria sententia verior visa est, *& in l. Gallus, §. & quid si tantum. ff. de lib. & posthum.* quia communis vsus loquendi, vtrumque intestatum appellat, secundum quem vsum intellecta l.Regia, ex supra resolutis, certe vtrumque comprehendit,*sequitur Rosella.de successio.abintesta.n.210.cum seq.* Quæ vtilis profecto resolutio est,& ad l.Regiam notabilis declaratio, periculosa tamen propter suprascripta, quæ probabilem, contrariam sentẽtiam reddunt. Nam & si cõcedamus secundum vsum loquendi, non minus intestatum decedere eum, qui fecit testamentum postea ruptum, & infirmatum, non proinde euincitur,dispositionem, relatam ad tempus mortis porrigẽdã esse ad tẽpus aliud,contra disponentis voluntatem, qui se restrinxit ad intestationem contingentem tempore mortis,aliam excludens, ex regula *l.in agris. ff. de acq. rerum dominio.* coniuncta *l. maritus. C. de procur. & c. nonne,de præsump.* vnius enim temporis inclusio, alterius est exclusio, vt in dictis locis habetur, *& in l.cum prætor. ff. de iudi.* Quid igitur dicendum?

Ego † hac in re,difficilique articulo recurrendum sane censeo, ad pulchrum Pauli responsum 17
in l. Siquis posthumos 9. §. si filium ff. de lib. & posthum. vbi verba l. 12.tabularum interpretari intendens, vtiliter respondit, *Sed, & si hæres institutus omiserit hæreditatem,erit legitimus hæres:*(scilicet abintestato *§ cum autem,insti. de hæredi.quæ abintestato defer.*) *quoniam hæc verba, si intestatus moritur: ad id tempus referuntur, quo testamentum destituitur, non quo moritur.* Vides quam lepide, Paulus hunc articulum sine difficultate decidit,docens,attendendum magis esse tempus,quo testamentum corruit, & labefactatur, quam mortis, vt cognoscamus testatus, *an intestatus, quis decesserit.* Et aduerto Pauli responsum, ad eam speciem referri, quia lex 12. tabularum per verbum præsentis temporis loquuta dicebat *proximus succedito,ei qui intestatus moritur*,& sic quãdo verba intestati sunt relata ad tempus mortis: qua relatione, seu restrictione non obstante, necessario referuntur ad tempus, quo testamentum infirmatur.Hoc sane responso debuisset Bar. moueri, omissis hinc inde adductis argumentis, quæ certe contemnenda sunt vbi casum legis habemus,Bart.*in d.§.si filium,n.* 3.ne ab incepto desisteret, agnoscẽs ibi esse casum plane euertentem, quod ipse firmauerat, *in d.l.1.ff.de suis & legiti. hæredi.* ibi asserit illa verba l 12. tabularum *proximus succedito. vbi quis intestatus moritur*, efficere quandam compositionem, per quam non attenditur tempus mortis,sed quo testamentum destituitur: & propterea obesse minime his, quæ ipse scripsit, *in d.l.1.*intelligens oppositum obseruandum,quia qualitas adiecta verbo,intelligi debet,secundum tempus verbi. *teste Alexand. & Bruno, de statutis exclu.fœmi.articul.8.quæst.11.num.39.* Ego sane, vt ibidem Cuma. fatetur, non intelligo quid sibi Bart. velit,nec percipere valeo, qualiter hæc sit formãda compositio, vt possimus verba relata ad tempus mortis flectere, & ad tempus rupti, seu deficientis testamenti referre. Rei grammatices compositionis, latinique sermonis super hac rẽ consului viros peritissimos,qui ingenue responderũt, dictum Bart.risum mouere facile posse: licet Bartoli compositionem serio conetur defendere Ias. *d.§ si filium,a nu.49.* Sed gl.verbo,*moriente,d.§.si quis filium*, hanc difficultatem componens ait illud verbũ, *moritur*, in tempore præsenti positum, exponi recte,idest,*mortuus est*: per tempus præteritũ,

vt hoc

vt hoc modo esset, illa restrictiua ad tẽpus mortis facta dispositio, *sequitur gloss. Cumma.* Quæ mihi violenta nimis expositio visa est, & omnino abijcienda, pront etiam trepide tamen a Iaso. *d. §. si filium*, in fine reiicitur, qui firmat tamen communem esse.

18 Qnocirca † cum Btuno, *libr. de statuto excludente fœminas, artic. 8. num. 39. quæst. 11. ad finem, versic. at quia solutio.* aliter resoluenda est hæc difficultas, nempe verum esse quod Paulus *d. §. si filium*, probat, intestatum decedere eum, cuius testamentum ruptũ, aut irritum factum est, qnoniam vbi casum legis habemus, omnis cessat dispntatio. Nec obest argumentum Bart. quod qualitas adiecta verbo debet intelligi, secnndum tempus verbi & consequenter, quia verbnm *intestatus*, in quo consistit qualitas, est adiectum verbo, *moritur*, quod designat tempus mortis. Videbatur oppositum respondendum, imo esse attendendum tempus mortis, quo quidem tempore intestatus dici non pnteſt, qui restamentum fecit, prima facie validum, & secundum iuris præcepta conditum. Nã respondemus verum esse, hnnc defunctum, qui testamentum fecit, inspecto mortis tempore intestatum dici non posse, siquidem testamentum fecit, qnod mero iure tenet. Et hoc est quod Bar. argumentnm concludit, non tamen sequitur inde, aut concluditur sic cum testamento decedentem, testatum decedere, quia vt quis testatus decedat, exigitur quod testamentum validum sit, & effectum plenũ sortiatur, *l. quod vulgo 19. ff. de bono. pos. contra tab. l. si nemo 9. ff. de testamen. tutela*, ibi, *Nihil valet ex his quæ testamento scripta sunt, si nemo hæreditatem adierit. Si vero vnus ex pluribus hæredibus adierit, tutela statim valent.* Quæ verba satis innuunt a tempore mortis valere relicta in testamento, & sic testatum decedere defunctum, cum ex testamento adita est hæreditas. Interim vero res est in suspenso, nec possumus defunctum dicere testatum fnisse valide, & cum effectu, talem decessisse quapropter iusta cum ratione Iuriscoosultus *d. §. si filium* statuit, sperandum esse tempus destituti testamenti, a quo per quandam retrocessionem declaratur tempus decessus, *an fuerit recte testatus, an vero intestatus decesserit.* Nec quicquam repugnat argumentum de qualitate adiecta verbo: quia illnd obtinet, quando qualitas in eo instanti, & tempore verbi, potest verificari: non vero hæc qualitas testati, & intestati, quæ non potest certa esse, nisi postquam super testamenti validitate est pronunciatum. Et hoc profecto Iuriſconsultus *in d. §. si filium*, voluit attendendum esse tempus destituti testamenti: quod quidem retrotrahitur ad tempus mortis, vt perinde habeatur, ac si a principio intestatus decessisset, ne quo mndo pro parte temporis testatus, & intestatus decedat, contra iuris nostri præcepta, & vulgata principia.

19 His † præmissis, iam sane resoluendum est legem Regiam, *d. §. 3. tit. 62. lib. 4.* ampliandam esse, vt procedat etiam in eo, qui testamentum fecit, nullum tamen, id est, non rite, seu non iure factum quoniam & is intestatus dicitur decedere, simulac testamentum declaratur nullum, vt habetur *in princip. institut. de hæredi. quæ ab intestato deferuntur*, ibi, *intestatus dicatur, qui omnino testamentum non fecit, aut non iure fecit*: nihil enim, & inutile æquiparantur in iure *l. Si plagis, C. de plagia DD. in l. 2. ff de auctoritate tuto. Ias. in l. 1. §. fin. ff. de vulga. & in l. Si dari. ff. de verbo. oblig. rursus, & in l. fin ff. de offi eius, & in l. cum quadam puella. ff. de iurisdict. omni. iudi. & in l. 1. nu. 18. ff. de noui operis nunci. text. etiam in l. 1. §. & quidem ff. quod cuiusque vniuersita. Crauetta de antiq. temp. pag. 125. n. 144. & nouissime Heningus Goden. consil 35. n. 26. & cons. 56. n. 6 Iodocus Damoude. in enchyrid. Parũ, verbo, nullum. denique not. in l. quoties, vbi DD. ff. qui satisda. cogantur. Alex in l. 1. ff. de solu. ma. num. 15. Palat. in rubr. de dona. inter vir. & vxor. §. 70. numer. 29. cum seq. Afflict.* qui multa congessit *in c. 1. quæ sit prima causa, versic. gloss 3. a num. 29.* nullitas enim reducit actum ad non actum, secundum quod habetur *in l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudi.* Ex quibus hæc traditio iustificatur, intestatum quidem decedere eum, qui testamentum non iure fecit, sed nulliter & de facto.

Sed † *an hoc procedat hodie, stante iure nouissimo authent. in nullitate procedente ex filii præteritione?* Videtur sane respondendum, quod non, ex dispositione auth. *ex causa, Cod. de lib. præter. vel exhæred.* vbi ea nullitate a iure ciuili introducta non obstante, disponitur legata, & fideicommissa firma manere, quare decedere omnino intestatus parens, hoc casu dici non potest, vt in specie consuluit Signorolus de Homodeis, *cons. 154. in fine*, resoluens proinde statutum excludens fœminas a successione intestati, hoc casu non procedere. Quæ sententia iuuari recte potest, si consideres testamentnm, in quo filius est præteritus, de filii saltem consensu tenere, *vt habetur in l. filio præterito 17. ff. de iniusto rupto. & ibi gloss. & DD. & in l. si quis legatum. ff. de fals. rursus, & in l. 2. C. de edicto diui Adr. tollen. tradit plurimos referens Tiraq. in l. si vnquam Cod. de reuo. dona. verbo, reuertatur, numer. 11. Guliel. in cap. Raynutius, verbo, in eodem testamento, in primo, a numero 84.* Quibus tamen non obstantibus contraria sententia verior est, quia d. auth. *ex causa*, non efficit, propterea parentem dici testatum decedere, vt nominatim consuluit Butrius *cons. 25. & post eum Brunus lib. de statuto exclu. fœmi. art. 8. n. 34. q. 10. fol. 52.* Dicitur enim is proprie intestatus, vt Iurisconsultus probat *in l. 1. ff. de suis, & legi. hæred. & l. intestatus ff. de verb. signi. habetur in l. si filius qui in potestate, & in l. Gallus. ff. de lib. & posthum. coniuncta l. inter cetera, eod. tit. & in prin. instit. de exhæred. liberorum.* 20

Amplianda † est etiam lex Regia *d. tit. 62. lib. 4.* 21 *§. 3.* vt procedat in emphyteuta clerico intestato decedente, cuius emphyteusis erit adiudicanda filiis suis, aut nepotibus legitimis, si quos forte habet ex legitima vxore susceptos, antequam sacris ordinibus initiaretur, vel saltem legitimatos, quos aliquãdo emphyteusim posse obtinere, *inferius tractabimus.* In quorum defectum ascendentibus erit adiudicanda emphyteusis, seruata semper gradus prærogatiua, *iuxta supra adnotata in §. 1. & 2. d. legis Regiæ.* est enim lex ciuilis Regia, aut municipalis de successione bonorum disponens obseruanda, etiam in bonis clericorum, vt nominatim resoluit Roma. *sing. 441.* vbi loquitur in statuto abintestato fœminas excludente, & asserit hoc de facto contigisse super hæreditate Cardinalis Nouariensis, qui plures reliquerat filios, & filias ante scilicet, dignitatem adeptam, procreatos, &

ex legitimis nuptiis (*vt intelligo*) contendebant filiæ, Nouariensis ciuitatis statutum, abintestato excludens fœminas, patris sui hæreditariam successionem minime comprehendere, quia clericus, & exemptus erat, *ex regula c. ecclesia. S. Mariæ, de constitut. c. bene quidem 17. distin.* Nihilominus dicto loco Roma. oppositum probat, ex adductis a Ioan. And. *in c. fin. de offic. deleg. in 6. in nouell per text. ibi.* & quia in quibusdam casibus, seculare gladium habet potestatem in clerum, vt habetur *in c. principes 23. q. 5. & ibi gloss.* Intelligit etiam Romanus in contrarium adducta non obesse, quia procedere tantum possunt, vbi lex ciuilis clerico vellet successionem negare, quod efficere non potest, sequitur Romanum Barba *in cap. quod clericis, de foro compe.* eo maxime, quia d. statutum solum agit de bonis clerici, post eius mortem ad laicos, & sic subditos iam pertinentibus, non ad clericum ex gloss. auctoritate *in l. illa institutio, ff. de hæred. insti.* notabiliter respondentis, post mortem nulla nos habere bona, & nihilominus dispensatiue licere nobis de illis disponere, in tempus quo nostra non sunt: Qua ratione mirum non est, si ea bona, quæ iam sunt subditorum laicorum, statutum seculare comprehendat, maxime cum respiciat bona ipsa, non personam clerici, vt in simili adnotauit Salic. *in authent. cassa & irrita, Cod. de sacro. eccle. col. fin.* resoluens statutum seculare præscribens formam alienationi rerum minorum, obseruari debere, etiam in bonis clerici minoris, de quo agit Alexand. *consi. 110. & seq. lib 2.* Concordat Bald *in l. 1. col. 9. versicul sed hic vlterius quæritur. Cod. de summa Trini.* firmans illud statutum esse fauorabile, ne de facili bona minorum distrahantur. Quare eius beneficio debet vti, & frui clericus quod idem Bald. voluit *consi. 30. lib. 4 & Cardina. in c. perpendimus. q. 8. de senten. excomm.* vbi alios refert ita resoluisse, & Panor. per tex. *ibi in cap constitutus de in integr. restitu. & in c. quod clericis, ad finem, de foro compet.* Sed magis stringit Baldi notabilis doctrina, *in cap. cum venissent, col. 3. de eo qui mittitur in posse.* firmantis, in actionibus realibus laicorum consuetudines, & statuta ligare etiam clericos, quod de facto obseruari in regno Franciæ ego intelligo.

22 Quocirca † in huius decisionis confirmationem, & Roma. *d. singulari 441.* rectius induci potest, quod Dynus, Bartolus & alii tradunt *in l. Paulus, in fine ff. de acquirend. hæredi. & in l. licitatio. §. fin. de publi. gloss. & DD in cap. fin de censibus,* resoluentes bona simulac exeunt de potestate ecclesiæ, iam ecclesiæ esse desiisse, & profana remanere, si in laicorum transeunt dominium, & potestatem, *tradit Federi consi. 11. Gemi in c quanquam, de censibus, in 6. Bald. in margarita, verbo, contractus, versicul. pen. in fine, Bal. consi. 31. libr. 3 & in lib. de pace Constan versic. Nos Romanorum, Platea, in l. Nemo, Cod. de digni. lib. 12.* Quo argumento resoluendum est, vtile dominium rei ecclesiasticæ, emphyteutæ laico concessum subesse legibus secularibus, quod vtiliter in fauorem Romani. *d. sing. 441.* adducit Brunus, *de statut. exclu. fœmi. articul. 8 numer. 7. quæst. 1 fol 51. & quæst. 22. numer. 106. versicul. & prædictam, fol. 60.* resoluens in hac specie, dominium vtile a directo separatum temporale esse, non ecclesiasticum: quare in foro seculari debet super eo disceptari, & secundum leges ciuiles iudicari, *vt voluit Ancha. consi. 334. col. 1. tradit Decius, consi. 139. post numerum 2.* Qua ratione emphyteuta ecclesiæ, ad collectarum contributionem constringitur, ratione vtilis dominii, quod habet, Isernia, *in cap. 1. verbo, & plaustrum, colum. 2. quæ sunt regalia.* Bona enim sequuntur personæ conditionem, cui adhærent *l. fin. in fine. Cod. de impo. lucra. descrip. & in l. fin. Codic. de inoffic. testamen.* conueniunt hi quorum iam supra meminimus *quæst. 7. numer. 13.* licet contradicant hi quorum meminit Brunus, *de statu. exclu. fœmi. articul. 8. quæst. 21. numer. 108. fol. 60.* negantes collectari emphyteutas ecclesiæ posse.

Quoad propositam autem quæstionem obseruasse, satis sit, verum esse, hic non agi de bonis clerici, sed tantum agi de illius successione, & cui illa bona magis sint concedenda, post eius mortem, quod in fortioribus terminis consuluit Socinus *libr. 1. consil. 230. col. pen. cum sequent.* resoluens, quod licet verum sit, matres tertii ordinis sancti Francisci esse religiosas, & personas ecclesiasticas, nihilominus tamen eas ligari statuto laicorum interdicente, *ne qua mulier possit de suis bonis in præiudicium filiorum disponere.* Multo ergo magis ligabit, earundem personarum ecclesiasticarum bona, & hæreditatem ab eisdem post mortem relictam, vt contingit in casu, de quo præsens est tractatus. Ego tamen hanc Socini traditionem vix probare possum: siquidem non tam bona, quam personam illud statutum respicit, prohibens, ne quo modo, de suis rebus disponant: quod lex ciuilis efficere non potest, ex regula *d. c. Ecclesia S. Mariæ, de constit.* vbi Panor. *col. fin.* ab aliis probatus, *& in c. quod clericis, de foro compe. Alexand. consi 44. col. 4. versicul. & sic manifeste, & in finalibus verbis, lib. 5 Brunus lib. de statut. exclu. fœmi. articul. 8. quæstion. 2. numer. 9 & 10. fol 51.* Ex quibus, sine dubio resoluendum est, legem Regiam *in d. § 3.* non minus procedere in clerico, aliaue persona ecclesiastica intestato decedente, quam quouis laico. Vtriusque enim emphyteusis applicabitur abintestato succedentibus, iuxta formam *d. § 3.* & eius prærogatiuas.

Ampliari † etiam lex Regia *in d. § 3.* potest, vt procedat in Iudæo emphyteuta, qui licet lege canonica non constringatur, *secundum adnotata in c. omnia 12. distin. c. si solus Christus 8 distin. legi.* tamen ciuili, seu imperiali non offendenti legem Moysaicam, & diuinam subiicitur. *vt post Ana. resoluit Felin. ibi, in c. Iudæi, in 2. ad finem, de Iudæis, cum aliis, quæ tradit Brunus, libr. de statu. exclu fœm articul. 6 nu. 55. cum seq.* ad cuius dicta te remitto, ne quæ perraro, aut nunquam contingere possunt pertractare videamur. 23

Ibi, *Nano nomeando alguma pessoa, sique esse foro deuoluto ao senhorio.*

Notabilis † est huius text. decisio, quatenus probat, extingui emphyteusim, dominiumque vtile cum directo consolidari, quoties emphyteuta aliquem non nominauit, sibi successorem in secundam, vel tertiam personam, iuxta formam contractus, pro cuius rei declaratione præmittendum est, hanc legem loqui, & procedere retento themate concessionis, de qua in principio meminit, nempe quando emphyteusis fuit concessa, *mihi, & pro eo, quē nominabo,* quã concessionẽ, 24

supra

ſupra teſoluimus, conditionalem eſſe, & eam in conditionem reſolui, *ſi nominauero*, qua conditione deficiente, quia non nominant quempiam, deficere conceſſionem, neceſſe eſt, ſecundum vulgatas nnſtrorum traditiones, vt in ſpecie reſoluit Alexand. *lib. 6. conſ. 232. numer. 4.* & diximus, *ſupra q. 7. n. 9.*

Nec dixetis hæredem, ſaltem nomine defuncti emphyteutæ, eius perſonam repræſentantem, nominare poſſe, *ex his, quæ ſupra ſcripſimus, q. 9 nu. 30.* Non enim in contractibus receditur a perſona, *vt adnotatur in l. ſiquis arbitratu ff. de verbo. obliga.* nec declarandi poteſtas, in fauorem tertii cnnceſſa in hæredem tranſit, *l. fin. §. 1. C. communia de lega. Bar. in l. Si ſtipulatus fuerim, ff. de verborum obliga. gloſſ. in l. idem Pomponius, de rei vind. Pelaez, lib. 1. maio. q. 48. nu. 48. in fine.*

25 Qund † tamen intelligendum videtur, niſi dominus directus nolit emphyteuſim extingui, quia tunc emphyteutæ hæres, vel illam, tetinere, vel in alium transferre, qui ſtatutam penſionem ſoluat adſtringitut: receditur enim in contractibus a perſona, quia domino directo expedit *Bald. in l. Contractus, col. 2. verſic. modo quæro, C. de fide inſtru. Iaſo. in l. fin. §. 1. C. communia de lega.* Ceterum ſi plures ſint, & in electione non conueniant, iudex ſuum interponet iudicium, *argumento l. plane familiæ her.* Perſuadebitut autem hæc reſolutio, ſi intelligas, eam traditionem, quæ habet emphyteuſim ex defectu numinationis extingui, inductam eſſe in fauorem domini directi, & conſequenter ſub cnnditione, *ſi ipſe velit*, ad inſtar caducitatis indnctæ, propter alienationem factam domino inconſulto, de qua *in l. fi. C. de iure emphyt.* vel non ſolutionem canonis, ſeu penſionis, de qua *in l. 2. illo titulo*, & nos inferius tractabimus, *in tract. de emphyteuſis interitu, extinctione, & reſolutione.* Quæ notabilis eſt limitatio ad legem Regiam in hoc §. 3. de raro tamen contingentibus.

26 Secundo † limitatut, vt non procedat, quando emphyteutæ, qui non nominauit ſuperſunt aſcendentes, aut deſcendentes, quoniam ad hos tanquam nominatos tranſit emphyteuſis, vt *in d. §. 3.* plane probatur, ibi, *E ſem outro algum herdeiro aſcendente, ou deſcendente, em tal caſo, fique eſſe foro deuoluto ao ſenhorio.* quibus verbis lex Regia docet, oppoſitum obſeruandum fore, ſi liberi, aut aſcendentes ſuperſint, ſumpto quidem argumēto a ſenſu cõtrario, quod in iure probabile eſt, ex his quæ ſcripſit Baldus *in l. Conuenticula C. de epiſcopis & cleri. gloſſ. & DD. in cap. ſi quis a ſimoniacis 1. quæſt. 2. & cap. 2. de foro competen. Iaſo. in l. In illa nu. 13. ff. de verbo. obliga. Roge. lib. de interpre. iuris. pagin. 211, cum ſeq. Iacob. de Nigris, in l. 1. ff. de offic. eius, à n. 41. & Euerardus, in locis legalibus, in loco, argu. a contrario ſenſu.* Et hoc ſine difficultate iure vtimur, in vtroque foro tam eccleſiaſtico, quam ſeculari. Quoties enim conſtat ſupereſſe aſcendentes, vel deſcendentes emphyteuſis extincta non cenſetur, ſed illis adiudicatur, obſeruata forma, & prærogatiua, gradus, ſexus, & ætatis, de qua *in d. §. 3. tit. 62. lib. 4.* Porro hæc traditio, in ſenſu directo probatur ex verbis, *d. §. 3. ibi, E ficando per ſua morte, algum filho lidemo, neto, ou biſneto, deue eſſe foro ſu ar a elle.* Quo loco in ſenſu directo, parente non nominante quempiam ad emphyteuſim, lex illa Regia emphyteuſim deſcendentibus concedit: Ergo, & aſcendentibus, ex regula correlatiuorum: quorum eadem ſolet eſſe iuris diſpoſitio, *l. fin. C. de indicta vidu. tollen. l. ſi ab eo, C. de legiti hæredi. & in l. fin. C. de Cupreſſ. lib. 11.* ex regula etiam æquiparatorum, quæ eadem met iuris deciſione regulantur, licet ad alternm tantum, ſit directa deciſio, *gloſſ. & DD. in c. ſi poſtquam, de elect. in 6. Iaſo in l. ex facto, de vulga. nu. 6. Hippo. Rimi. in §. 2. inſtitut. quibus alien. licet. n. 28. Rogerius, lib. de iuris interpretat. pag. 257. nu. 33.* Comparaſſe autem legem Regiam *in d. §. 3.* exiſtentiam aſcendentium, & deſcendentinm, ne emphyteuſis extinguatut, liquido cõſtat ex illis verbis, *Sē outro algũ herdeiro aſcendēte, ou deſcēdēte &c.* Ergo quod poſtea in ſenſu directo, lex illa diſpoſuit in liberis, & in parentib. diſpoſitum eſſe dicendnm eſt, ne diuerſo iure cenſeantur, in hac maxime materia ſucceſſionis, ad quam eodem ferme iure, & ratione vocantur, ex his quę habentur *in l. nam & ſi parentibus ff. de inoff. teſtam. & in l. fratres, Cod. de iure emphy.* Quapropter ſi teſtatus decedit emphyteuta, non minus parens ſcriptus hæres dicitur nominatus, quam filius, *vt l. Regia probat, in d. titu. 62. §. 1. & 2* vbi ponderandum eſt, quod l. Regia ſtatuit, teſtamentariam ſucceſſionem parentum, regulandam eſſe, a ſucceſſione abinteſtaro, de qua *in d. § 3.* qnod a legiſlatore factum fuiſſe interpretor, quo ſignificaret, tam ex teſtamento, quam ab inteſtaro parentes videri nominatos, ex regula *l. conficiuntur ff. de iure codicillorum:* qnia tamen omnes ſimul admitti ad ſucceſſionem emphyteuſis non poſſunt, voluit, & ſtatuit, teſtamentariam ſucceſſionem regulari ab ea, quæ ſtatuta eſt abinteſtatn, *in d. §. 3.* Quocirca abſque vlla difficultate vſus, & praxis obſeruat, in vtroque foro, emphyteuſim extinctam, non eſſe, licet emphyteuta neminem ad emphyteuſim eligat, dummodo hæredes ei ſuperſint liberi, vel parentes, quibus eſt adiudicanda emphyteuſis, tanquam nominatis, ſeruata tamen forma *d. § 3.*

At † hoc in profana emphyteuſi procedere in confeſſo eſt. Ceterum quod attinet ad emphyteuſim eccleſiaſticam ambiguum ſane eſt, ex his quæ ſupra lato ſermone adnotauimus, *q. 7. n. 1. 2. & 3.* vbi de hac re late egimus, an l. Regia, *d. tit. 62. in princip.* quatenus hæredi inſtituto emphyteuſim concedit, tanquam nominato, & hæc *d. § 3.* liberis abinteſtato ſuccedentibus, intelligenda ſit procedere etiam in emphyteuſi eccleſiaſtica, conceſſa, *pro eo, quem emphyteuta nominabit,* quæ conceſſio *vt ibi adnotauimus*, reſoluitur in conditionalem, *ſi nominabit:* qua deficiente conditione, ex vi legis, & conuentionis, ius eſt quæſitum eccleſiæ prætendenti emphyteuſim extinctam, quo quidem iure eccleſiam priuare lex ciuilis non valet, nec ſuper eo aliquid ſtatuere, vt diximus *in tract. de Renouat. emphy. q. 9. n. 9. fol. 66.* 27

Quæ † reſolutio in liberis, licet controuerſiam patiatur, & ambiguitatem maximam, in parentibus tamen extra omnem difficultatem certe eſſe videtur, ſi conſideres, quod eccleſiaſtica emphyteuſis ad aſcendentes non tranſit, vt notabiliter probauit Bal. *in auth. defuncto, C. ad S. C. Tereull.* & diximus *in tract. de reno. emphy. q. 9. n. 10.* 28

Comprobatur † facile, argumento feudorum, quæ ſimiliter ad aſcendentes non tranſeunt, vt habetur *in c. 1. de natura ſucceſſ. feudi,* vbi hoc notant 29

MM 3

gloss. & DD. communiter. *Pyrrus in suis consuetu. Aurel. titu. de success. in princ. & cap. 2. in fine, tractatus de success. ab intestato, additus alii, Oliuerii Textoris de gradibus cognationum, n. 81. pag. 269. & Massuerius, in tit. de success. ab intest. & alii* quos *in d. tract. de renouat q 9. n. 10.* retulimus.

An autem ea communis scribentium resolutio possit casui l. Regiæ *d. tit. 62. lib 4.* applicari vehementer dubito, nec abs re, si hæc, vt decet, a radice perpendantur.

30 Et † Aluarotus, *in d. c. 1. de natura success. feudi*, aduertens illius text. decisionem, quatenus, ascendentibus negat feudi successionem, communes regulas, & traditiones offendere, secundum quas non minus ascendentibus, quam descendentibus solet successio deferri ex regula *l. nam & si parentibus ff. de inoffi. testam.* Asserit hunc esse casum specialem, in quo parentibus negatur feudi successio, propter illius naturam quæ solos descendentes respicit, non ascendentes, quod idem Aluarus Valascus noster *in d. q 39. nume. 9.* probauit in emphyteusi ecclesiastica, quam, eadem ratione negat ad ascendentes posse transire. At quia rationem huius specialitatis neuter reddit, placere minime potest, quod simpliciter aiunt, specialiter in feudo & emphyteusi ecclesiastica receptum esse, excludi parentes, propterea quod eorum natura est respicere descendentium lineam, & successionem, non ascendentium, id est enim quod quærimus, quare illis hæc inest natura, excludendi ascendentium lineam, contra iuris traditiones, & nota principia.

31 Quamobrem † ego aduerto, ab ea ratione Aluaroti *in d. c. 1. de natu. success. feudi.* recessisse Currium iuni. *d 3. par. feudorum, numer. 12.* & Cassaneum *in d. rubr. 7. § 6 ad fin num. 6. cum seq.* qui adhærent Baldo, *in d cap. 1.* intelligentes ex eo parentes a feudi successione excludi, quia feudorum concessio, sua natura solis descendentibus prouidet, adeo vt simpliciter facta concessio, licet eorum nulla fiat mentio, pro ipsis videatur facta. Quare si mihi, & hæredibus meis feudum forte concedatur, intelligitur, pro liberis tantum concessum admittendis, ordine successiuo, *iuxta adnotata in c in præsentia, de proba. DD. in l Gallus §. quidam recte ff. de lib. & posthum.* Qua ratione excluduntur ascendentes, *secundum Aluaro. in cap. 1. §. hoc quoque, qui feudum dare poss.* concordat tractatus ille *de success. ab intestato*, additus Viglio, *numero 81.* addens, quod in materia feudali concessio pro hæredibus, ad filios tantum restringitur, secundum quod habetur *in cap. si clientulus, de aliena. feudi.* Quæ ratiocinatio, si recte consideres in effectu, nihil aliud continet, quam speciale esse in feudis, quod solam lineam descendentium respiciant, non ascendentium. Et propterea verba illa, *pro hæredibus*, ad illos tantum restringi, ne quo modo parentes, aut alios cognatos hæredes includant. Quamobrem non est cur huic possim assentire rationi, quæ difficultatem non soluit: Id enim est, quod hic quærimus, quare hoc in feudis obtineat specialiter, contra iuris regulas? Vt inde possimus commode perpendere, *an ea feudorum traditio, ad emphyteusim ecclesiasticam, sit trahenda, ne etiam ad lineam ascendentium transeat*, vt præfati interpretes voluere, & consequenter, *an eorum resolutio recte l. Regiæ, de qua agimus dicto titulo 62. §. 1. 2. & 3. applicari iure possit*? Reiicienda est igitur hæc Baldi ratio, vt nominatim placuit Curtio, & Cassaneo in locis supra proxime citatis, intelligentibus eam, neutiquam propositam difficultatem, diluere, per quam id principaliter inquirimus, *quæ nam fuerit præcipua ratio*, hoc ita statuendi in feudis, ne succedant ascendentes, & consequenter nec in emphyteusi ecclesiastica.

Iacobus † de Bellouiso, & Nicolaus de Neapol. *in d. cap. 1. de natura successio. feudi, & Baldus in l. ea lege. col. pen. quæst. 5. Codic. de condi. ob causam.* intelligunt feuda parentibus negari, quia in eis cessat domini directi voluntas, seu causæ finalis suæ concessionis ratio, quæ in seruitiis bellicis præsertim impendendis consistit, *vt in cap. 1. d. noua forma fideli.* quam in ascendentibus cessare planum est. Sunt enim hi senes, infirmi, debiles, imbecilles, ad res bellicas maxime peragendas: quamobrem intelligunt feudorum naturam descendentes tantum respicere, qui bello, & armis aptiores, & ad præstanda seruitia habiles, & obeunda belli munia magis idonei: Quapropter ex feudi natura, & defectu dominici consensus excludi ascendentes, mirum non est. Et hanc rationem magis probant Cassaneus, Curtius, & Valascus, *supra citati.* 32

Nec obstat, quod Aluarotus, & Iaso *in l. Gallus, § etiam, ff. de lib. & posth. n. 24.* obiiciunt, hanc rationem perpetuam non esse: siquidem contingere potest, nonnunquam aptiorem multo esse bello ascendentem, quam descendentem, quoniam & si concedamus, id aliquando posse contingere, satis est, quod regulariter contrarium obtineat, quare lex solum respexit communiter contingentia, ex regula *l. non ad ea ff. de legibus.* Hæc est igitur feudorum specialitatis ratio, propter quam iusta ratione, eorum successio parentibus negatur, qui non ita bene debita seruitia domino impendere possunt: hinc sumpta occasione interpretes nostri emphyteusis ecclesiasticæ successionem ascendentibus, negant, sed an recte videamus.

Si † quid mea sententia valet, aut mouere quempiam potest, hæc feudorum traditio, & ratio emphyteuticæ concessioni applicari minime potest si quidem emphyteusis seruitium in solutione annuæ pensionis consistit, *vt in l. 2. Codic. de iure emphyteutico* quam præstare, & ecclesiæ soluere, non minus ascendentes, quam descendentes valent. Quapropter nulla iuris ratio tolerat, eos repelli posse, qui præstare reale seruitium æque possunt. Idque videntur, Iacobus de Bellouiso, & Nicolaus de *Neapol.* significare, quatenus ascendentes a descendentibus distinguunt, quia isti plerumque bello, & sic seruitiis personalibus impendendis sunt aptiores, oppositum intelligentes fore respondendum, si semper, & vbique æquales sint, quemadmodum sunt, quando seruitium est reale, in pensione annua præstanda consistens, quam decrepitus quisque præstare potest. 33

Comprobatur † hoc, si consideres clericos, & personas ecclesiasticas nominatim esse a feudorum successione repulsos, *cap. qui clericus, si de feudo fuer. contro. inter. domi. & agna. & in ca. 1. de benef. fœmi.* 34

vbi

vbi post alios Afflict. in §. 1. Curtius, lib. feudorum. 2. par. 3. par. nnmer. 13. cum seq. Afflict. etiam d. c. qui clericum, col 1. Barba. in rubr. de feudis, & lib de præstantia Cardi. quæst. 5. Duennas regula 103. Sylua cons. 13. a numero 52. Iulius Clarus lib. 4. §. feudum q. 78. Meno. lib. 2. senten. casu 281. Cepha. lib. 1. cons. 1. in prin. Molina, lib. 1. de primog cap. 13. nu. 96. tradit Cotta, verbo, clericus, & Cyriac. de primog. lib. 1. q. 24. a nu. 40. Cuius resolutionis ea præcipua ratio, & finalis est, quia Deo militans, & dedicatus clericus temporalibus negociis se implicare non debet, *tex. in c. 1. & per totum, ne cleri. vel monachi. glo. in c. præsens 20. q. 3. Bar per tex. ibi in auth. de sanctiss. episc. §. sed nec, colla 9. citans tex. in c. scripsit nobis 27. q. 2.* Concordat Platea, *in l. colonos, per tex. ibi. C. de agrico. & censi.* iuuat tex. *in c. ex multa §. fin. de voto,* vbi clericis negatur, arma posse mouere. Qua ratione feudorum incapaces censentur, *per supra scripta.*

35 Nihilominus † tamen, vbi pro feudo non est præstandum ius personale, sed magis aliquod reale, in re, scilicet, consistens, a persona ecclesiastica exigibile, hæc traditio non procedit, quoniam illa non obstante feudum capere clericus potest, vt in specie tradit Rui. *lib. 1. cons. 18. n. 17. in fi. Paris. lib. 1. cons. 4. n. 13. & cons. 12. n. 20. cum seq. eod. lib. Cepha. lib. 1. cons. 1. n. 23. cum seq.* Quo argumento plane resoluit, traditionem feudi, de qua supra, nequaquam cōcludere in emphyteusi ecclesiastica idem obseruandum, & consequenter negādam esse emphyteusim ascendētibus, quemadmodum & illis negatur feudum. Dispar est enim vtriusq; ratio: quia feudum, *vt supra resoluimus*, illis non conceditur: quoniam seruire personaliter domino non valēt, cuius oppositum obtinet in emphyteusi, cuius pensionem soluere possunt. Nequit ergo illa feudalis resolutio emphyteusi applicari. Quid igitur dicendum? doceutem video neminem.

36 Vltra † prædicta, ego animaduerto rationem, quam Iacobus de Bellouiso, & Nicolaus de Neapo. & Cassan. Cur. & Valascus admittunt, probabilem non esse, quatenus senectutis iniuriam vitio adscribunt, vt ob eam ascendētes a feudi successione repellantur, quasi obeundis belli, & militiç laboribus inutiles. Quoniam maturitas consilii, rerumq; sagax experientia, & prudentia longo rerum vsu comparata longe vtilior dominis futura est, & magis vsui in bello, quam iuuenis robur. Bos enim senex cōstātius figit pedem. Quocirca, quod seni viribus deest, consilio compensat. Vnde licet admittamus parentem senio cōfectum armorum vsu carere, repelli a feudi successione non debet: siquidem in eo multa alia concurrunt, domino directo per quam vtilia, & necessaria, *argumento notatorum in §. affinitatis institut. de nupt.* Nec certe rationi congruit tantam austeritatem antiquæ feudorum consuetudini tribuere, vt arbitremur, pluris eam fecisse iuuenis ensem, quam senis sanum consilium, & experientiam, contra notata *in l. Senium, Codic. qui testament. facere poss. & in cap. 1. de renuncia.* vbi multa per DD. videto, *& in l. 1. Tauri, verbo, Sabios antigos,* & ibi glo. notabilis. Ex quibus sane resoluitur, insolutam hanc manere difficultatem, & consequenter traditionem feudorum, ascendentes a successione feudi arcentem, tanquam exorbitantem, regulisque iuris communis contrariam, applicari emphyteuticæ concessioni non posse.

Ego † aliquando existimabam huius rei rationem altius repetendam fore, iure enim compertum est, regulariter feuda pro filiis, & descendentibus plerumque concedi: & hæc feuda ex pacto, & prouidentia nuncupati, *vt tradunt Isernia. Afflic. & alii, in ca. 1. an agnatus. Pinellus, & alii,* quorum meminit Valascus *de iure emphyt. quæst. 43. numero 2.* resoluens, huiusmodi feuda non esse hæreditaria, & proinde ad descendentes, quamuis hæredes non sint, transire. Et ita procedit text. *in cap. 1. de natura successionis feudi,* negans parentibus feudi successionem, quia concessionis verba solos descendentes respiciunt, & illis conueniunt ex vulgata regula, *l. in agris ff. de acquirend. rerum dominio.* vbi causa limitata limitatum producit effectum. Obstat enim concedentis voluntas, qui in fauorem duntaxat liberorum feudum concessit, parentesque noluit admittere, imo magis extinctam concessionem ex præscripto volūtatis esse voluit. Quod etiam ex regula *l. cum prætor. ff. de iudi.* deducitur. Vnius enim lineæ, & sic liberorum inclusio, alterius, scilicet, parentum est plana exclusio, *habetur in c. non ne de præsumpt. & in l. maritus, Codic. de procura.* 37

In † qita sane specie, concessa ab ecclesia emphyteusis, ad ascendentes non trāsibit: siquidem in fauorem liberorum tantum reperitur concessa. Ceterum si feudum, vel emphyteusis concessa reperiatur, tali forma, quod hæreditaria necessario sit censenda, nihil obstat, quo minus descendentes capere illam possint, descendentium hæredes facti, *l. nam. & si parentibus, ff. de inoff. testament.* idque verum esse ipsemet Valascus, *quæst. 39. num. 9.* fatetur, si modo emphyteusis est profana, quæ regulariter est hæreditaria, & ad parentes hæredes filiorum transit, non minus quam ad alios hæredes, *ex his quæ supra resoluit Valascus de iure emphyteut. quæst. 49. colo 4. in prin & post numer. 6. versic. in seculari vero.* Cuius oppositum obtinet in emphyteusi ecclesiastica, quæ regulariter hæreditaria nō est, licet pro hæredib. concedatur: quia intelligitur concessa pro liberis, seu filiis hæredibus, non pro aliis, secundum communem *in l. quod dicitur ff. de verbo. obliga. tract. successio. ab intest. additus Viglio, numero 81. Valascus, quæst. 44. ante numer. 9. cum seq.* In quo certe emphyteusis secularis ab ecclesiastica differt, quia illa regulariter hæreditaria est, hæc non, quemadmodum nec est feudum, *ca. 1 de aliena. feudi.* Intelligo hæreditarium non esse, id est, ad quoscunque hęredes trāsmissibile, quia solis filiis defertur, dummodo hæredes sint, *vt tradit Valascus quæstion. 43.* Vnde quemadmodum emphyteusis secularis pro hæredibus, ad parentes transit, ita etiam transibit ecclesiastica, ita concessa, quod possit ad alios, quam descendentes peruenire, in qua specie per quam durum, & incongruum erit parentibus negare emphyteusim, quæ aliis præter liberos, negari non potest. Ex quibus sic adnotatis liquido constat, hac in re nihil speciale habere feudum, nihil etiam emphyteusim ecclesiasticam, quamuis non valeant transire ad ascendentes, secundum iam supra citatos auctores quorum sententia formæ concessionis tribuenda est, & adscribenda, cuius verba cum respiciant liberos, & minime parentibus adaptari pos- 38

sint, eis deferri emphyteusis non potest, nec feudum. Quamobrem quoties feudum, aut emphyteusis ita ab ecclesia concessa reperiatur, quod possit ad alios, quam descendeotes peruenire, ascendentibus, sioe dubio negari non poterit, *per suprascripta.*

39 Vnde † ad propositum l. Reg. *lib. 4. tit. 62. §. 1. 2. & 3.* responde intelligendam esse, & sine vllo scrupulo ampliandam, vt procedat, etiam in emphyteusi ecclesiastica, quoniam vt iam soperius admonuimus, l. illa regia loquitur, & procedit in coocessiooe facta, *pro eo quem nominabo.* quam cōprehendere quoscunque hæredes, etiam extraneosiam supra probauimus. Mirum ergo non est, si huiusmodi concessio, etiam ascendentibus prosit, quornm successio multo fauorabilior est, *ex adnotatis in l. nam & si parentibus, ff. de inoff. testam.* quæ vtilis profecto resolutio est.

Ex prædictis iam infertur notabilis declaratio, ad l. Reg. *lib. 4. titu. 63. §. 5.* quatenos probat ad emphyteosim concessam, *pro filio, vel filia nominanda,* extraneum oominari non posse, vt procedat, & locum habeat, in parentibus, qui in hac specie extranei sont, & omnino repellendi, per supra scriptas interpretom nostrorum anctoritates, quę huic speciei, sine dubio conoeniunt, quando emphyteusis est pro filiis concessa. Obstant enim in hoc casu verba, & concedentis voluntas, & iotentio, qui descendentibus solum voluit prouidere, non aliis.

40 Sed † hæc limitanda sont, non procedere qoādo ascendens descēdentem filium, ant nepotem ad emphyteusim, quā habebat, nominauit, qoo caso, si postea eidem descendenri succedat ex testamento, vel ab intestato, emphyteusim obtinebit, *vt notabiliter resoluit Prepo. in ca. 1. de vassallo decre. ætatis, col. 2. Cassaneus, in consu. rubr. 7. §. 6. ad fin. nume. 8. & 9.* Res enim hoc casu emphyteutica non ascendit, sed ad suam magis reuertitur naturam. Concordat Cur. *lib. de feud. 2. par. 3. par. n. 45.* & habemus nos notabilem ad boc propositum, l. Regiam, *lib. 2. titul. 17. §. 13.* vbi postquam saoxit, parentes non posse, filiis succedere in bonis coronę Regię, subdit hæc verba, *Pero se a dita terra for primeiramente do dito padre, ou auo & per nossa authoridade foi per elle dada ao dito filho, ou neto, en tal caso per morte do dito filho, ou neto, tornarsea ao dito padre, ou auo, cuia antesfoy.*

41 Secundo † limita io feodo, seu empbyteusi antiqua acquisita a maioribus descendentium, ad quam admittendi sunt possessoris ascendentes, qui similiter sunt acquirentis desceodentes, quare in eis verificantur verba concessionis, *pro liberis, vel descendentibus facta,* vt tradit Guliel. *in cap. Raynutius, verbo, & vxorem, nu. 656. tractatus de successi. ab intestato. additus Viglio, nu 81. versi. & hoc. Affli. in cap. 1. imperator Lotharius, nu. 3. & in c. 1. de natura successio. a num. 1.*

42 Quod † autem dict. leg. Regia, *in d. §. 3.* probat extingui emphyteusim, quando empbyteuta neminem ad illam successorem oominauit, ampliandum est verum esse, etiam si emphyteuta aliquem nominauit reuocabiliter, *iuxta ea qua inferius tractabimus, super tit. 63. lib. 4.* si modo eam nominationem reuocauit, nec aliam deinde fecit, quia sic reuocata nominatio, pro oon facta habetur, quare impedimento, quomious extincta sit emphyteusis, esse nnn potest nominatio, quæ de iure noo potest sortiri effectum.

Nec te moueat in contrarium text. ille *in l. 1. ff. qui sine manu ad libertatem perue.* per quem notabiliter Ang. *in disputat. incip. Astensis miles char. 5.* ait, qnod licet mortis causa donatio, per solam donantis, pœnitentiam reuocetur, *vt in l. qui mortis ff. de dona. causa mortis, & in l. Seia, eod. tit.* si tamen donaos sine hærede decedat, ad quem res sic donata, & reuocata posset peruenire, donatarius, non obstante pœnitentia, rem ipsam obtioebit. Quo argumento in casu, de quo agimus, videbatur respondendum, empbyteosim mansuram peoes nominatum, empbyteuta iotestato decedente, & sine hærede, ascendente, aut descendēte. Nā cum collaterales emphyteusim petere oon possint, per text. *in d. §. 3.* nominatus illam retinere poterit, ex suprascripta Ang. traditione ad huius rei decisionem semper notanda; com quo concordat Imol. *in l. circa. § fi. ff. ad l. falci. Alex. in l. quoties, col. 3. versicul. iuxta hoc ff. de lega. 1.* firmans prædictam Ang. sententiam semper sibi visam fuisse admirabilem.

Sed † non obstat, quia vt ipsemet Alex. adnotauit, Ange. loquitur in casu, in qoo noo adest hęres, qui rem possit vindicare, *vt etiam adnotauit Exea de pactis, n. 159 post Socinum, in l. 2. col. fi. ff. de leg. 1.* addens bonum casum, *in l. Mutiane. ff. de condi. & demonstra.* ibi, *quia non est, qui caueat:* & ibi etiam Exea. *nu. seq.* adducit bonum simile de fideicommissario, cui conceditur vtilis, sine restitutione fideicommissi, vbi non est qui restituat, *l. pen. §. 1. Codic. ad Trebe.* Quæ sane ratio cessat in caso nostro, quia licet non adsit hæres, qui vindicare emphyteosim valeat. & reuocatam nominationem allegare possit, adest tamen dominus directus prętendens extinctam esse emphyteusim, & ad se reuersam per consolidatiooem dominii. Vt ioterim non omittamus Ang. senteotiam *in d. l. 1. ff. qui sine manu.* minime probari, vt tradit Exea. *nu. 161. cum seq.* addens etiam vix posse quempiam sine hærede decedere, si quidem adest fiscus, qui defectum sopplet, *vt ibidem, post Paulum de Liazar, Ias. & plures alios probat Exea.* Stat igitur firma conclusio, extinctam emphyteusim esse, vbi nulla reperitur oominatio facta, vel saltem nolliter facta, aut reuocata, quo casu reuocari potest, dummodo emphyteuta ascendeotibus, & descendeotibus hæredibus careat, qui se nomioatos dicere valeant, secundum formam *d. §. 3. tit. 62. lib. 4.* Sub qoa regula cadit casus, ille, nuper a senatu nostro decisus, io quo pronoociata fuit emphyteusis extincta, ad quam emphyteuta per propriam apocham priuatam, sororem suam nominauit, nullis tamen adhibitis testibus, quibus iustificari nominatio posset, quam uis literæ, signique comparatione, illa apocha comprobata extiterit. 43

Ibi, *Eficando per sua morte, algum filho lidimo, neto, ou bisneto barano, deue esse foro ficar a elle.*

Ordioatio † hæc vtiliter sanxit, filium legitimom patri succedeotem abintestato, consequi emphyteusim, quam pater habebat, cum potestate nomioandi, secundam vel tertiam personam, non minus, ac si illom pater nominatim instituisset, aot nomioasset, iuxta ea quæ supra obseruauimus *in princip.* iostitutum hæredem, etiam extraneum nominatum videri, & emphyteusim 44.

quasi

quasi nominatum obtinere. Et huius rei ratio, quia filius abintestato succedens, tanquam vocatus, ex iudicio patris, & secundum eius voluntatem succedit, *l. conficiuntur §. 1. vbi DD. ff. de iure codi. tradit Pinellus, de bonis ma. fol. 46. numer. 73. in prima par. l. prima*, citans inter alia *gloss. in l. non iustam, C. ad Treb.* quam admirabilem dixit Iaso. *in auth. ex causa, col. fin. C. de lib. prater. Paulus, & idem Iaso. nume. 40. in l. licet Imperator. ff. de lega.* 1. & est bonus text. *in l. 2. C. de bonis ma. ibi, vel intestati successione contulerint:* planior *d. l. conficiuntur*, ibi, *quoniam creditur, patrem familias sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem.* Consonat quod habetur, *in l. si fundum per fideicommissum, cum l. seq. ff. de leg. 1.* vbi patri conceditur, posse grauare, filio suo impuberi abintestato successuros, ea potissimum ratione, quia eo ipso quod pupillariter illi non substituit, eos videtur vocasse, tradit Parisius, *lib. 3. cons. 15. numer. 11.* & probat *l. 1. §. 2. ff. ad Treb.* Nec existimandum est, ea iura loqui, & procedere in hæreditate, cuius naturam nominatio emphyteutica abhorret, quoniam respondetur, id verum esse, quando nominatio per se ipsam constat, non quando simul in ipsa hæreditate inuoluitur: quemadmodum contingit in casu, *d. §. 3. & principii tit.* vbi ex testamento hæres scriptus, vel abintestato vocatus dicitur nominatus, quia hæres, quare iure hæreditario emphyteusis retinetur, *l. vnum ex familia. §. si duos, ff. de leg. 2.* ibi, *quos iure hæreditario retinent.*

45 Aliquando tamẽ† quidam nostri ordinis grauissimi iuris interpretes, hanc traditionem (quæ habet abintestato succedentem parenti filium, quasi nominatum emphyteusim obtenturum) ambiguam esse censebant opinantes, ex nulla *d. §. 3.* parte colligi posse, oportere filium hæredem esse, vt emphyteusim petere possit: quare iusta ratione defendi posse putabant, non esse necessarium, filium abintestato vocatum esse hæredem, vt emphyteusim assequatur, quasi satis sit, eum fuisse a patre tacite nominatum, vt illam obtineat, licet hæreditatem repudiet, quemadmodum obtinebit expresse nominatus. Taciti enim & expressi idem solet esse iudicium, *leg. cum quid ff. si cert. peta.* Nec hoc mirum, quoniam filius regulariter potest emphyteusim capere, & hæreditatem repudiare, vt post alios resoluit Iaso. *in l. 2. Cod. de iure emphyteut. numer. 226. Barba. lib. 2. consil. 63. a numer. 14. Afflict. cap. 1. an agna. a numer. 57. Valascus, de iure emphyteut. quæst. 44.* Quare in casu *d. §. 3.* satis probabile videtur filium tanquam a parente nominatum emphyteusim obtenturum, licet hæreditati se immiscere recuset. Quæ profecto vtilis admodum obseruatio est, & ad l. Regiam declaratio, quam nominatim defendit Gama, *d. q. 229. n. 1.* Cui ego vix accedere possum, cum verba, l. Regię intueor. In principio enim lex Regia, vbi nullus reperitur nominatus ad emphyteusim, scripto hæredi emphyteusim defert tanquam nominato, vt ibi adnotauimus, & ex illis verbis plane colligitur, *aquelle que ficar herdeiro na herança do finado, fica nomeado ao dito foro.* Interpretor ego illa verba, *que ficar herdeiro*, cum effectu agnita, scilicet, hæreditate, non repudiata. Is enim proprie hæres est, qui hæreditatem adiuit, *l. 3. § si quis hæredi. ff. de statu. lib. l. 3. §. si quis ita. & ibi Bartol. & Imol. ff. de hæredi. insti.* quod post Socinum, notat Baber. *in l. Cum filio numer. 91. ff. de legat. 1.* pro declaratione dispositionum loquentium de hæredibus, quæ intelligi debent de iis, qui iam adiuerunt hæreditatem, quod plane significare Paulus I.C. videtur *in l. si in diem 46. in princip. ff. de condi. & demonstra.* probans grauatum infra mensem, centum dare hæredi, teneri infra mensem, a tempore aditæ hæreditatis currentem dare, quia tunc proprie ille hæres est, non antea. Qua ratione idem iudicatur, e contra, si forte hæres infra mensem grauetur dare, intelligitur enim ita grauamen iniunctum, vt a tempore aditæ hæreditatis non incipiat tempus currere, *vt in dict. leg. si in diem, adnotauit Bartol. in fine*, & est communis scribentium resolutio, *teste Socino, in l. si mihi & tibi. § si quis seruos. ff. de leg. 1 numer. 3.* & est ad hoc notabile quidem responsum Vlpiani, *d. l. 3. §. si quis hæredi. ff de statu. liber.* vbi seruo fuit legata libertas, si infra dies triginta, centum daret, post quos dies lapsos, institutus hæres hæreditatem adiuit, & quia infra dies triginta connumerandos a tempore mortis, seruus illa centum non soluit, negandam libertatem sedulo contendebat. Sed oppositum respondit Iurisconsultus obseruandum, dummodo infra dictos triginta dies, connumerandos ab adita hæreditate soluat, in hæc verba, *Si quis hæredi* (inquit) *in diebus triginta proximis mortis testatoris dare iussus fuerit: deinde tardius adierit, Trebatius, & Labeo, si sine dolo malo tardius adierit, dantem eum intra dies triginta adita hæreditatis, ad libertatem peruenire aiunt, quæ sententia vera est.* Aduerto igitur in casu illius text. fuisse impositum grauamen, dummodo infra triginta dies a tempore mortis defũcti computandos, seruus centum daret, & nihilominus Vlpianus respondit, seruum, illa præstantem infra dies triginta, numerandos a die aditæ hæreditatis satisfacere. Agnouit enim Iurisconsultus tunc incipere illum esse hæredem, qui testamento scriptus hæres est, & propterea ab eo tempore, præscriptum terminum currere, ex mẽte defuncti, qui cum hæredi voluit seruum dare, intellexit de hærede vero, qui hæreditatem adiuit, nec restrictio ad tempus mortis facta tenet, quia credidit testator statim illum aditurum hæreditatem, non quod voluerit ante aditam hæreditatem illi posse solui, in quo ille text. est notabilis secundum Bart. *d. l. si in diem*, sic ampliantem tex. ibi, vt procedat etiam si testator terminum restringat, ad tempus mortis, commendat idem Bartol. *in l. fi. §. 1. Cod. de iure delib. & in l. si cui legetur n. 4. ff. de legat. 1. rursus, & in l. genero numer. 3. ff. de his qui no. infamia. Ias. in l. Si mihi & tibi. § si quis seruos, nume. 14. ff. de legat. 1. Roma cons. 409 n. 5. Decius 635. n. 13.* Ex quorum sentẽtia, & traditione, sine scrupulo deducitur dispositionem facientem mentionem de hærede intelligendam esse de hærede vero, qui hæreditatem agnouit, non antea. Quod etiam deducitur ex eorum interpretum auctoritate, qui respondent attendendum non esse tempus aditæ hæreditatis, quando quis fuit grauatus, infra certum tempus alii tertio non hæredi dare, in qua specie prædicta ratio cessat, *vt adnotarunt Alb. Paulus & Imola, d. l. si in diem ff. de condi. & demonstra. Iaso. d. § si quis seruos, n. 14. l. si mihi & tibi ff. de legat.* 1. quod etiam Bart. & Socin. *d. l. si in diem*, plane persentire videntur.

46 Recte † igitur lex nostra Regia, *in d.prin.tit.62. lib.4.* emphyteusim deferens filio, parenti abintestato, hæredi facto, interpretatur loquuta de hærede vero, & qui paternæ hæreditati iam se immiscuit, & non antea: qui communis est illius legis sensus, & in praxi receptus, secundum quem scriptus hæres, quasi nominatus emphyteusim consequitur, dummodo hæreditatem adeat, verusque per aditionem fiat hæres, *ex his quæ iam supra scripsimus, quæst.10. numer.9.* Quo argumento idem proculdubio respondendum est, in filio hærede instituto, quem lex Regia, *d. tit.62.in princip.* coniuncto §.1. *& 2.* similiter hæredem scriptum, nominatum esse decernit, & consequenter habiturum emphyteusim, dummodo hæreditati se immisceat: aliter enim si illam neglexit, & repudiauit, carere emphyteusi debet, *vt iam supra diximus, q.10.n.27.*

47 Eodem † vlterius argumento idem respondendum videtur in casu §.*3.tit. 62.lib.4.* quod vt abintestato vocatus filius, de quo ibi, emphyteusim consequatur, se hæreditati debet immiscere, aliter concurrunt in hac specie, iura, & rationes, quibus proxime resoluimus filium, testamento parentis amittere emphyteusim, si patri nolit esse hæres, quia inuoluta sub hæreditatis titulo, in ea expressa institutione inest ad emphyteusim nominatio, quæ separari ab eo titulo hæreditatis non potest. Multo ergo minus poterit hæc tacita, & ficta, per quam abintestato successurus filius dicitur vocatus, *per d.l.conficiuntur* §.*1.ff.de iure codi.*

48 Denique † quod supra diximus, legem loquentem de hærede, intelligendam esse in hærede, intelligendam esse in hærede vero, & sic in eo, qui hæreditatem adiuit, dispositioni legis Regiæ, *in d.* §.*titul.62.* applicari recte potest quoniam de ascendentibus, & descendentibus loquitur, adiecto hæredis nomine, ibi, *Finandose abintestado, sem outro algum herdeiro ascendente, ou descendente.* Ergo plane lex illa Regia docet, oportere hos ascendentes, vel descendentes hæredes esse. vt possint emphyteusim petere. quibus consonat, maxime, quod Salic. vtiliter adnotauit *in l.maximum vitium num.fin. Cod. de lib preter.* resoluens, filium debere parentibus hæredem esse, vt possit fœminas excludere, stante statuto, quod extantibus masculis illæ non succedant. Paria sunt enim non extare, & non apparere, repudiare, aut nolle habere, *l.si ue patronus* 21.§ *fin ff.de iure patro.* ibi, *Liberti filius hæres institutus, si bona repudiauerit, patronum non excludit*, & ibi gloss. ait, quia non videtur esse filius, qui patri non succedit. Concordat Vlpianus *in l. & si ex modica 6.* §.*si filius, ff.de bonis liber.* in hæc verba, *Si filius liberti hæres ab eo institutus, abstinuerit, quamuis nomine sit hæres, patronus admittitur.* Vides qualiter is, qui non vult hæres esse, pro mortuo, seu alias non extante habetur, ne quo modo alij impedimento sit. concordat Imperator *in l.vnica, Codic.de cadu. tollen.* §.*cum autem,* ibi, *quod si non sit vel abintestato successores illam suscipiant, vel si nulli sunt, vel accipere nolunt, &c.* quæ Imperatoris verba, plane probant idem omnino esse, nullos extare successores, vel extantes non habere hæreditatem, seu petere nolle. Quamobrem in proposita specie, si emphyteutæ filius, hæreditatem patris habere noluerit, perinde censendus est, ac si non extitisset, & consequenter vbi nulli alii adsunt ascendentes, aut descendentes, extinctam esse emphyteusim est respondendum, ex traditione l. Reg. *d. titul.62.in prin.*§.*3.* ibi, *Sem outro algum herdeiro ascendente, ou, descendente, fique esse foro deuoluto ao senhorio.* Nam cum paria sint, non extare, vel nolle adire, vt diximus, & tradit Sali c. *in d. l. maximum vitium, n.fi.* & Socinus, *lib.2.cons.1.n.15.* res deducitur ad terminos *dict.l. Regia,* §.3. de emphyteuta decedente, sine ascendentibus, & descendentibus, cuius emphyteusis, quia neminem nominauit, extinguitur, & ad dominum ipso iure reuertitur. cum Sali. concordat Barba. *lib.1.cons. 16.col.pen.post medi. versic.ad ista. Boerius, decis.29.col.2.in princ. Corn. cons.10.nu.2.lib.3. & cons.85.nu.5.eod. lib rursus, & cons. 186.n.4. & 202.n.4. Carolus in consu. Parisien.* §.*8.glo 1. n.27.cum seq. Tellius, in l.10.Tauri n.20 Thomas Gramma.decis.63.n. 10. & fuit sententia Bar.in l.2.*§ *sed si sint sui per text. ibi ff.ad Tertul. & in l. 1.* §.*si filius ff.de bono. posse.contra tab. Bal d.l.maximum vitium, Cod.de liberis præteri. Corneus, lib.3 cons.323. nu fin. Fanu.lib.de statuto excludente fœmi. in prin.post n. 5. vol.12 tra.fol.80. tradit Baeça, lib.de non melio.filia.c.10.num.70. Hippo.sing.361. Laurentius de Pala. lib de statuto exclu.fœm. n.125.* tradit etiam Brunus, *eod.lib.artic. 12.q.7.a num.114.* qui quamplures refert, resoluens proinde statutum, de quo ibi, excludens fœminas a successione propter masculorum existentiam, sane intelligendum esse, dummodo masculi hæredes sint, nec hæreditatem repudient, quod & Fanutius proxime citatus adnotauit, *Socinus, lib.2.cons.1.num.25.* Quo argumento cum in casu nostro filius primogenitus, ceteros excludat, & masculus fœminam, vt d.l. Regia *d.*§.*3.* disponit, necessario debet esse hæres parentis emphyteutę, aliter nulla prorsus iuris ratione petere emphyteusim poterit, quæ inuoluta sub titulo hæreditatis in casu d. §. tertii, *l. Regia, lib.4.tit. 62.* continetur. Nec ab ea separari commode potest, quia decedēs intestatus pater per *l. conficiuntur* §. *1. ff. de iure codicil.* filium principaliter, ad hæreditatem videtur vocasse, & consequenter ad emphyteusim nominasse, quēadmodum contingit, quando eum simpliciter hæredem instituit. Quare merito vtramque, scilicet, emphyteusim, & hæreditatem debet capere, & acceptare, aut vtramque repudiare, quoniam (vt passim vulgo circumfertur) *dulcia non meruit, qui non gustauit amara.* Indignum enim se emphyteusi, videtur fecisse filius, qui paternam hæreditatem, non dubitauit repudiare, in casu dict. l. Regiæ, in quo ille petere emphyteusim, secundum concessionis formam non potest, nisi hæres sit, aut specialiter nominatus. In eo enim hæreditatis titulo tacita quædam inest nominatio, quoad emphyteusim, ex l. Regiæ, *d.*§.*3.* interpretatione, ad quam filius peruenit, aliter non accessurus, nisi sit hæres abintestato. Aliter enim magis tribueretur abintestato succedenti filio, & sic tacite vocato, quam nominatim scripto hæredi, qui si hæreditatem negligat, ad emphyteusim adspirare non poterit: *per supra scripta, q.10.n.27.*

Fulcit † hanc vtilem resolutionem, eorum traditio, qui probant, proximum gradu, cæteros excludere, oportereque habilem esse, & successionis capacem. Aliter si ille sit, minorum fratrum monachus, deportatus, aut alias inhabilis ad succeden- 49

cedendum impedimento ſequentibus non eſt, *vt tradit Rolandi de ſucceſſ. abinteſtato, numer. 7. vol. 6. tract. a. fol. 64. Guliel. in c. Raynutius, verbo, mortuo. in 2. numero 72. de teſtament. Caſſaneus, in conſu. Bur. titul. de ſucceßio. §. 1. verbo, heretier habile, col. 1. verſicul. aduerte.* Facit Corn. *libr. 3. conſ. 82. & conſ. 95. numero 2.* qui probat, ſtatuto excluſum a ſucceſſione, emphyteuſim conſequi non poſſe. & eſt bonus text. *in l. ſi qua pœna 7. ff. de his qui ſunt ſui.* vbi Vlpianus docuit, filio ex delicti pœna facto inhabili, nepotem eius locum obtinere: *habetur in l. ſi poſt mortem 10. §. liberi. ff. de bono. poſſeſſ. contra tabu.* vbi Iureconſultus in hæc verba, *Liberi, qui contra tabulas habere non poſſunt, nec partem faciunt, ſi per alios committatur edictum.* Per quam Baldus *in l. qui prioris. §. talem. C. de ſecundis nupt.* adnotauit, alii impedimento non eſſe eum, qui capere non poteſt: inferens proinde conſtitutionem vocantem primogenitum ad ſucceſſionem, ceteris filiis excluſis, intelligendam eſſe dummodo ille ſit habilis: aliter enim tanquam non exiſtens ſecundo genito impedimentum non facit, ſequitur Tiraquel. *lib. de morte 2. par. declarat. 5. numero 27. & lib. de primog. quæſtio. 3.* vbi multis comprobat quibus hæc iuuari recte ſententia poteſt.

50 Ex † quibus nos aliquando reſpondimus, leg. Regiam, *in d. §. 3. tit. 62. lib. 4.* reſtringendam eſſe, ad filium habilem, & paternæ ſucceſſionis capacem: quemadmodum intelligi debet, neceſſario omnis lex per quam ceteri habiles, & ſucceſſionis capaces excluduntur vt contingit, quando ſtatutũ ſoli primogenito ſucceſſionem defert, aut maſculo excluſis fœminis: vt contingit in caſu, quem tractamus in dicta leg. Reg. *lib. 4. tit. 62. §. 3.* vbi primogenitus omnes alios filios, & maſculus fœminas, ab emphyteutica conceſſione ſubmouet: Ita reſoluit Fanu. *lib. de ſtatuto exclu. fœmi. In prin. nume. 5. volu. 12. tracta. fol. 80. Baeça, lib. de nõ melior. filiabus, c. 10. n. 31. & 34. Tellius, in l. 10. Tauri. nume. 20.* tradit Socinus, *lib. primo, conſil. 25. nu. 15. Segura, in l. 3. §. fin. ff. de lib. & poſthu. fol. 3. col. 2. ad fin. verſicul. facit, quod voluit.* Ex quibus vera reſolutio eſt, filium repudiantem hæreditatem parentis, illius emphyteuſi carere debere, tanquam inhabilem, quem pater minime nominaſſet, ſi intellexiſſet illum, ſibi hæredem non futurum, *l. Tale pactum. §. fin. vbi gloſſ. & DD. ff. de pactis.* Sunt enim hi caſus comparati, non extare, & repudiare, ſeu habere nolle, aut incapacem eſſe. Pro mortuis enim hi ſemper habentur, vt eſt videre per Salic. *in l. maximum vitium, numero 5. Cod. de liber. præter.* qui hos caſus comparat, & omnes alii DD. eum ſequuti, *vbi ſupra.*

51 Quo † fit, vt etiam exhæredatus, inter hos inhabiles, & emphyteuſis incapaces connumeretur. Non extare enim, & exhæredatus filius dicitur, vt nominatim reſoluit Coſta, *lib. de ſucceßi. Regni. pagin. 155. in princip. argument. lib. 1. §. ſi pater, de coniungen. cum eman. lib. eius,* & ibi Bartol. *numero 2.* obſeruauit, maſculum exhæredatum minime poſſe excludere fœminam, ſtante ſtatuto, quod illa, extantibus maſculis non ſuccedat, vt contingit in caſu legis Regiæ, *d. §. 3.* vbi extante filio maſculo, filia ab emphyteuſis ſucceſſione ſubmouetur. Intelligi ſane debet, dummodo ille maſculus a parente non ſit exhæredatus, *tradit Brunus, lib. de ſtatuto exclu. fœmi. articul. 12. quæſtion. 6. numero 103. cum ſequent.* & habemus in terminis celebrem doctrinam Bartol. *in l. vt iuriſiurandi §. ſi liberi, col. fin. ff. de operis liber.* reſoluentis, quod licet verum ſit, emphyteuſim conceſſam, *mihi filiis & nepotibus meis,* illos capere poſſe, licet non ſint hæredes mei, nihilominus tamen exhæredati, ad eam emphyteuſim non admittentur, quod ſecure Ang. etiam voluit, *in l. Si tibi. 10. §. ſi pactus, numero 2. ff. de pactis, Alexand. in l. quod dicitur, numero 19. ff. de verbo. obliga. verſicul. tamen opinio,* quorum ſententiam notabilẽ adſtruit ad id Iureconſulti reſponſum, *in l. Si patronus teſtamento, ff. de bonis liber.* vbi licet manumittens ſeruum ſibi, & liberis ſuis aequirat ius patronatus, licet illi hæredes non ſint, nihilominus tamen exhæredati filii, eo iure patronatus carent. probat Afflict *in cap. 1. ante numer. 127. de ſucceſſ. feudi,* idem reſoluens obſeruandum in feudis. Concordat Valaſcus, *de iure emphyteut. quæſtion. 45. col. 1.* vbi Cumanus Ange. & Rubeum, eandem ſententiam tenentes refert: quorum etiam Coſta meminit *in d. loco, pagin. 156. in prin.* vbi, & *pagin. ſeq.* receptiorem probat eſſe, quamuis contradixerint Salicet. *in l. 2. C. de iure emphyt. num. 28. & ibi Iaſo. nu. 188.* quorum ſententia, & ſi verior videatur Coſtæ, *in d. lib. de Regni ſucceſſ. pagin. 160 cum ſeq.* atque etiam Valaſco, *in d. quæſtion. 45.* in propoſito tamen legis Regiæ, de qua agimus *in d. titul. 62. §. 3.* neceſſario, & abſque vlla hæſitatione Bartol. adhærendum eſt. Quod vti veriſſimum probo, & ex eorundem verbis deduco.

Ceterum † Ema. a Coſta animaduertens Bartol. *in d. § ſi liberi,* loquutum fuiſſe in emphyteuſi conceſſa, *mihi, & filiis meis,* quibus ex ipſa conceſſione dominica, tale ius eſt quæſitum, quod vni talem emphyteuſim prælegare pater non valet, ſecundum communem noſtrorum reſolutionem a Iaſo. relatam, *in l. 2. C. de iure emphyteut. numer. 210. Couarru. lib. 2. reſolu. cap. 18. Soci. iuni. conſ. 73. nu. 4. lib. 1.* non dubitauit Bartol. obuiam ire, & ſequacibus, quatenus in hac ſpecie, exhæredato filio emphyteuſim negandam intelligunt, nihil prorſus commune cum hæreditate habentem, eamque filium a domino concedente, non a patre habere cenſentes, *ex notatis in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* Quo etiam fuit argumento motus Valaſcus, *dict. quæſtio 45. col. 2. verſicul. verum hæc comparatio.* Quod quidem argumentum, & ſi concedamus, Bartol. obeſſe, quia loquitur in emphyteuſi, *pro liberis,* cõceſſa, minime nobiſcũ pugnat. Tractamus enim caſum, in quo emphyteuſis fuit conceſſa, *pro eo, quem pater nominabit,* in qua ſpecie extraneum poteſt nominare, nedum vnum de liberis, & conſequenter prælegare. Ergo ſine difficultate Coſta, & Valaſcus, id quod diximus, concedunt Bartol. ſententiam, & communem, modo quo ſupra fundatam, ſine ſcrupulo applicatam caſui, *d. §. 3. titul. 62. lib. 4.* exhæredato filio emphyteuſim negare. Quod adnotandum eſt, ad declarationem, l. Regiæ, *lib. 4. tit. 63. §. 5.* negantis ad emphyteuſim conceſſam in fauorem filii, vel filiæ nominandæ, eligi nepotem poſſe, quamdiu extant filii, vt non procedat, ſi filii exhæredentur, vt nominatim Coſta admonuit *d. lib. de ſucceſſ. Regni pag. 154.* quam ego declarationem probo, *vt in d. §. 5. adnotabimus. q. 11. num. 67.* 52

Ex † quibus animaduerto, Regiã Ordinationẽ, 53

in d.§.3.lib.4.titul.62. limitandam, & restringendã esse, in filio repudiante parentis hæreditatem, cui neganda est emphyteusis, *per supradicta*. Comparatur enim hęreditatem repudians, inhabili mortuo, & exhæredato, in quibus legem illam non procedere, ex supradictis plane liquet: & si non desint qui oppositum intelligant, qui certe, hic adnotata mihi visi sunt, neutiquam considerasse.

54 Ego † tamen aliquando in eorum fauorem perpendebam legem Regiam, *lib. 4.tit.62.§.4.* vbi legislator amplians sanctionem. § *3.eiusdem tituli,* disposuit idem protinus obseruandum fore, in ascendentibus, quod & in descendentibus *in d.§.3.* statutum erat: negat tamen his ascendentibus emphyteusim, si reperiatur aliquis filius naturalis ipsius defuncti emphyteutæ, cui maluit emphyteusim, quam ascendentibus concedere, & attribuere. Hoc argumento motus Gama, *quæst. 229.numer.1.* hanc probat sententiam. Modo subdit legislator, *E nano auendo hi descendente lidimo, aia esse foro o seu filho natural, se o tiuer, ainda que seu padre fosse caualeiro, ou a contiado em cauallo.* Quæ verba plane demonstrant, ad emphyteusim abintestato obtinendam, inuestigandum non esse, aut inquirendum, sit filius hæres patris, nec ne? Satis enim est, quod sit filius defuncti emphyteutę, vt illi sit adiudicanda emphyteusis, & si patris non sit hæres, re nec nomine, quod ex dictis verbis deducitur, quatenus aliis non extantibus legitimis filiis, naturali filio militis emphyteusim, de qua præsens est sermo, concedit, quem patri abintestato hæredem non esse liquido probat l. Regia, *lib.4.titul.71. in princip. & §.1.* Quamobrem ibi habemus legem Regiam, probantem eorum sententiam, qui intelligunt filium legitimum emphyteutæ intestati decedentis, & si parentis hæreditatem negligat, aut aliter illius incapax sit, emphyteusim petere recte posse: aliter deterioris conditionis hac in re foret legitimus filius, quam bastardus, & illegitimus: quod nec iuri, nec rationi conuenit. Quapropter solitus quidem sum, l. illam *in d. §.4. titul.62.* admirabilem existimare, maxime cum animaduerto, in ea lege disponi, filium hunc naturalem, ascendentes ab emphyteusis assecutione submouere, quos ipsi ascendentes a successione hæreditatis, imo quicunque transuersales excludunt, vt plane probat lex illa Regia, *lib.4.titul.71.§.1.* Quid est igitur dicendum? Mediusfidius, quo me vertam, dubius semper fui. Aduersus filium repudiantem patris hæreditatem, quod petere emphyteusim non valeat, prædicta vnice probant, idque ratio & iuris præcepta postulant, quæ & repellendum naturalem filium militis etiam conuincunt. In specie maxime proposita, in qua emphyteusis fuit concessa in fauorem eius, quem emphyteuta nominabit, in qua specie, nullo nominato, secundum legem concessionis, extincta est emphyteusis, *vt supra aduertimus.*

Contrarium tamen eadem lex Regia *in d.§.4.* probat, dum naturali filio militis emphyteusim concedit, quia parente intestato decedente, nec expresse, nec tacite nominatus dici potest, cum clarum sit in eo cessare dispositionem, *l. Conficiuntur. ff. de iure codi.* qua nititur legis Regiæ dispositio *in d.§.3.titul.62.lib.4.* emphyteusim concedens ascendentibus, & descendentibus abintestato succedentibus, qui tacite videntur a defuncto emphyteuta vocati, & ad emphyteusim nominati. Denique dictæ legis Regiæ *in §.4.* obstat præsumta defuncti emphyteutæ voluntas, qui ascendentes hæredes relinquens vocasse visus est, per *d. l. conficiuntur* & nihilominus illis exclusis, emphyteusis naturali eius filio conceditur, qui nec vocari ad hæreditatem potuit.

Hæc † cum aliquando cum doctissimis nostri ordinis viris conferrem, non defuere quidam, qui responderent ordinationem Regiam, *d.§.4.* temere nimis prodiisse, in fauorem filii naturalis militum, aduersus parentes ascendentes, qui secundum iuris pręcepta submouere magis debuissent, quam ab emphyteusi excludi: quod neutiquam aduertisse legislator visus est, cum etiam militis naturalem filium ascendentibus præposuit, non agnoscens eum, patris hæredem esse non posse, & consequenter nec nominatum ad emphyteusim dici, sed potius ipsos parentes abintestato vocatos. Alii intelligebant d.l. Regiam, *in d.§.4.* respexisse primæuum illud ius naturæ, quo nulla constituebatur differentia inter legitimos, & illegitimos liberos, *vt adnotauit Ioan. Andr. in c. fine culpa, col. 8. post prin. & in medio, de regu. iur. Azo. in summa. de natur. liberis. nu.3. Gome. in l.9. Tauri, n.52. Mencha. lib. de success. progress. §.2. n.42. cum seq.* Quæ responsio omnino reiicienda est, cum lex illa Regia, inter legitimos, & illegitimos differentiam constituat. 55

Præceptor † meus insignis Hector Rodriguez, professor primarius Salmanticensis, cum quo, & colloqui suauiter, & conferre familiariter consueueram, admirabilem eam legis Regiæ dispositionem censebat, perpẽdens hæredẽ & sic ascendentem, dici a defuncto nominatum, *per l.4.C. de contrah. stipul.* de qua superius late egimus. Quamobrem, quia naturalis filius patri militi, hæres non est, nec vocatus esse potest, *per titul.71 libr.4. Ordinatio.* nullo modo capere emphyteusim potest. *Rubeus, in l. Gallus. §. quidam recte, ff. de lib. & posthum. num.156.* pro defensione dict. leg. Regiæ, dicebat verum esse, quod de iure communi nominatus videtur, hæres scriptus, *per d.l.4. & l. vnum ex familia. §. sed si. ff. de leg.2. & ibi Bartol. num.2.* idemq; in hærede abintestato obtinere, quia secundum defuncti iudicium, & is illi succedit *l. conficiuntur. ff. de iure codic. l. antepen. ff. de leg.1. Curtius, in authent. res quæ, Codic. communia, de lega. numer.24. Pinellus in l.2. numer.11. Cod. de bonis. ma.* Qua ratione etiam collaterales erant audiendi emphyteusim petentes, cum abintestato succedebant, cuius oppositum legislatori placuit, *in d.§.3. tit.62. & nos infra adnotabimus.* Quapropter, vt ille dicebat, respondendum est, in his Regnis, emphyteusim concessam, *pro eo, quem nominabo,* nullo nominato regulandam esse, quasi fuerit concessa, *pro ascendentibus, & descendentibus* tantum, ac proinde sufficit, hanc qualitatem habere eum, qui emphyteusim petit, quamuis hæres non sit: ex Barto. *in l. vt iusiurandũ. §. si liberi. ff. de operis liber.* & iuxta hunc sensum dicebat, vir ille doctissimus, intelligendam esse l. Regiam, *titul.62. §.4. lib.4.* quatenus emphyteusim concedit naturali filio militis, qui licet hæres esse nequeat patri, emphyteusim tamen consequitur, 56

quia

38 Ex quibus facile comprobatur, huius legis nostræ Regiæ decisio, quatenus pluribus liberis succedentibus ab intestato, emphyteusim primogenito cõcedit omnibus eandem negans, ac domino directo eligẽdi potestatem: ex ratione a nobis supra allata, quia emphyteusis est, quid indiuiduum, maxime cum est concessa, pro vno nominando, quo casu tam rei natura, quæ indiuidua est (vt iam supra probauimus, ex auctoritate scribentiũ *in l. fin. C. de iure emphyt. & in c. potuit, de locato*, negantium, proinde in plures eam posse diuidi, quod & lex Reg. in fortioribus terminis probat *lib. 4. titu. 77. §. pen. & supra hoc tit. 62. §. 1.*) quam concessionis, ad quam, vnicam tantum personam dominus voluit, posse nominari, non plures refragatur, *vt diximus. q. 10. nu. 21. cum seq.* Quamobrem l. Regia *in hoc §. 3.* ne emphyteusis extinguatur: quia nullus reperitur nominatus, ex coniecturata parentis voluntate, qui primogenitum tanquam proximiorem ordine saltem geniturae, magisq; dilectum fuisset electurus, emphyteusim illi concedit, intelligens, etiã eam fuisse concedentis intentionem, vt nullo nominato, emphyteusis seniori ex filiis traderetur, ex his quæ scripserunt Panor. & alii quorum paulo ante meminimus, secundum quem sensum legi Regiæ, *in hoc §. 3.* minime obstant, quæ aduersus primogenitorum successionem passim nostri interpretes tradidere, vt est videre per Tiraq. *lib. de primogen. q. 4.* & per Dd. *in l. Maximum vitium. C. de lib. præter.* Non enim illa procedũt in emphyteusi, & similibus, quæ ex dominica concessione, ad omnes liberos peruenire nõ possunt, quo casu lex, illam primogenito conferens, ceteris iniuriam, non facit, qui cum capere emphyteusim non possunt, eos necessario exclusurus erat dominus directus, quia nullus nominatus.

39 Quo † fit, vt minime sit audiendus Ioan. Andr. proxime citatus resoluens emphyteusim, quam pater vni voluit dari, & nescimus cui, ad omnes filios pertinere, nisi illum intelligas in concessione facta pro liberis, quo casu dominica concessio non refragatur omnes petere posse. In qua quidẽ specie lex Regia, *d. §. 3.* admitti non potest, ex auctoritate etiam Guidonis Papæ, *q. 505.* resoluentis, concessionem mihi factam, pro primogenito, aut quouis alio filio meo, cui dare maluero, omnibus filiis meis adiudicandam, si nulli dedero, *argumento l. cum quidam. ff. de legat. 2. & l. vnum ex familia. §. rogo. eod. titul. sequitur Tiraquell. lib. de primogen. quæst. 65.* cuius quidem doctrina procedit, in concessione rei suapte natura diuiduæ, & quam nulla iuris ratio, omnes liberos posse capere, impedimento est, quemadmodum contingit, in casu *d. l. cum quidam. ff. de legat. 2. & in d. l. vnum ex familia, eod. titu.* vbi licet vni tantum de familia, res veniat restituenda, nullo tamen nominato plures admittuntur, quia res illa diuidua erat, & ad omnes de familia transmissibilis: siquidem nihil prorsus impedit omnes illam capere posse. Quæ est ratio, propter quam nullo nominato in illis. ll. responderetur, omnes petere eam rem posse: & in *§. sed si duos d. l. vnum ex familia.* Iurisconsultus docet, plures nominati recte posse, ex ea scilicet ratione, quia res est diuidua, nec defunctus cum misterio grauauit, vni relinquere, vt scilicet, pluribus, non liceret grauato dare, sed magis, vt significaret, satisfacere vni dando, dummodo sit de familia, *Paul. in d. §. si duos, in princ. Soarez in l. quoniam in prioribus, quæst. 5. num. 1. Segura in d. l. vnum ex familia. §. sed si fundum. num. 157. & Peralta, num. 5.* licet aliter loquatur Socinus *in l. vtrum. §. cum quidam. ff. de rebus dubiis, num. 10.* Vnde quoties res est indiuidua, qualis est emphyteusis, de qua agimus, sine dubio illa iura non procedunt, quia negligentia grauari, rei naturam immutare non valet, & consequenter efficere, quod quæ vni dumtaxat concedi debet, pluribus tradatur, vt notabilitor *d. num. 5.* voluit Peralta & latius *ibidem num. 19. ad medi.* inferens ad Maioriam, ad quam eligere plures non licet, & propterea nullo nominato solus primogenitus succedit, *vt post Gregor. Lopez resoluit Molina lib. 2. de primogen. cap. 4. numer. 41. cum sequen. Menesius in l. cum quidam, num. 24. ff. de legat. 2. iuuat Rebuff. de feudis, post numer. 26.* idem resoluens, in feudis dignitatum, quæ, quia sunt indiuidua, ad solum primogenitũ pertinent, & in seruiture, quæ nequit ad plures transferri, loquuntur Angel. & Paulus, de quibus Galeanla *in l. stipulationes non diuiduntur, num. 38. ff. de verborum obligation. & in l. 4. §. Cato. num. 120. eod. titu.* Pulchre igitur lex Regia *in d. titu. 62. §. 3.* ab intestato pluribus succedentibus filiis, emphyteusim soli primogenito concedit. Quod sane adnotandum est.

Caue † tamen, quia secundum hunc sensum, deterioris conditionis sunt liberi ab intestato succedentes, quam extranei ex testamento vocati. Hi enim, cum ab emphyteuta hæredes sunt instituti, pariter nominati omnes esse cẽsentur, & emphyteusi fruuntur, vt lex Regia probat, *supra hoc titulo. 62. §. 1.* Quorum argumento idem, & multo magis, in filiis obseruandum fore videbatur, inter quos nihil magis, quam æqualitas commendatur, *vt habetur in l. vt liberis, C. de collatio.* Sed responde, quod in extraneis cessat, amoris, gradus, & ætatis prærogatiua, quæ in filiis considerata, a l. Regia *d. §. 3.* versatur, ideo nimirum si in hac re, ab extraneis distinguantur. Animaduerto tamen, quod hæc ratio omnino extraneis tantum conuenit, in quibus illæ prærogatiuæ minime concurrunt, verum in collateralibus id non obtinet. Inter hos enim considerari similis prærogatiua potest ætatis nempe, cum plures eiusdem gradus, fratres instituuntur, quorum alter senior est, aut vtrinq; coniunctus, rursus, & gradus prærogatiua, si simul fratres, & fratrũ filii instituantur. Qua ratione, quod *in d. §. 3.* in filiis disponitur, sane erat etiã in collateralibus disponendum. Porro & quod *in d. §. 1.* sancitum est, emphyteusim ad omnes institutos collaterales pertinere, erat respondendum in liberis, siquidem in vtrisq; eædem prorsus concurrunt prærogatiuæ. 40

Nec quod diximus, primogenitum magis dilectum esse, omnino satisfacit, quamuis concedamus, eam considerationem amoris, & affectionis filiis magis, quam collateralibus conuenire, inter quos plerumq; magis diligitur soror, quam frater, iunior, quam senior: quoniam & in filiis, id quandoque cõtingit, chariorem esse iuniorem parentibus, quã primogenitum. Quocirca id vnum intelligo verum, quod hæc consideratio affectionis paternę in primogenitum prodita, quia perpetua non est, impulsiua magis quam finalis est.

ex legitimis nuptiis *(vt intelligo)* contendebant filiæ, Nouariensis ciuitatis statutum, abintestato excludens fœminas, patris sui hæreditariam successionem minime comprehendere, quia clericus, & exemptus erat, *ex regula c. ecclesia S. Mariæ, de constitut. c. bene quidem 17. distin.* Nihilominus dicto loco Roma. oppositum probat, ex adductis a Ioan. And. *in c. fin. de offic. deleg. in 6. in nouell per text. ibi.* & quia in quibusdam casibus, seculare gladium habet potestatem in clerum, vt habetur *in c. principes 23. q. 5. & ibi gloss.* Intelligit etiam Romanus in contrarium adducta non obesse, quia procedere tantum possunt, vbi lex ciuilis clerico vellet successionem negare, quod efficere non potest, sequitur Romanum Barba *in cap. quod clericis, de foro compe.* eo maxime, quia d. statutum solum agit de bonis clerici, post eius mortem ad laicos, & sic subditos iam pertinentibus, non ad clericum ex gloss. auctoritate *in l. illa institutio, ff. de hered. insti.* notabiliter respondentis, post mortem nulla nos habere bona, & nihilominus dispensatiue licere nobis de illis disponere, in tempus quo nostra non sunt: Qua ratione mirum non est, si ea bona, quæ iam sunt subditorum laicorum, statutum seculare comprehendat, maxime cum respiciat bona ipsa, non personam clerici, vt in simili adnotauit Salic. *in authent. cassa & irrita, Cod de sacro. eccle. col fin.* resoluens statutum seculare præscribens formam alienationi rerum minorum, obseruari debere, etiam in bonis clerici minoris, de quo agit Alexand. *cons. 110. & seq. lib 2.* Concordat Bald *in l. 1. col. 9. versicul sed hic vlterius quæritur. Cod. de summa Trini.* firmans illud statutum esse fauorabile, ne de facili bona minorum distrahantur. Quare eius beneficio debet vti, & frui clericus quod idem Bald. voluit *cons. 30. lib. 4 & Cardina. in c. perpendimus. q. 8. de senten. excomm.* vbi alios refert ita resoluisse, & Panor. per tex. *ibi in cap constitutus de in integr. restitu. & in c. quod clericis, ad finem, de foro compet.* Sed magis stringit Baldi notabilis doctrina, *in cap. cum venissent, col. 3. de eo qui mittitur in posse.* firmantis, in actionibus realibus laicorum consuetudines, & statuta ligare etiam clericos, quod de facto obseruari in regno Franciæ ego intelligo.

22 Quocirca † in huius decisionis confirmationem, & Roma. *d singulari 441.* rectius induci potest, quod Dynus, Bartolus & alii tradunt *in l. Paulus, in fine ff. de acquirend. heredi. & in l. licitatio. §. fin. de publi. gloss. & DD in cap. fin de censibus,* resoluentes bona simulac exeunt de potestate ecclesiæ, iam ecclesiæ esse desiisse, & profana remanere, si in laicorum transeunt dominium, & potestatem, *tradit Federi cons. 11. Gemi in c quanquam, de censibus, in 6. Bald. in margarita, verbo, contractus, versicul. pen. in fine, Bal. cons. 31. libr. 3 & in lib. de pace Constan versic. Nos Romanorum, Platea, in l. Nemo, Cod. de digni. lib. 12.* Quo argumento resoluendum est, vtile dominium rei ecclesiasticæ, emphyteutæ laico concessum subesse legibus secularibus, quod vtiliter in fauorem Romani. *a. sing. 441.* adducit Brunus, *de statut. exclu. fœmi. articul. 8 numer. 7. quæst. 1 fol 51. & quæst. 22. numer. 106. versicul. & prædictam, fol. 60.* resoluens in hac specie, dominium vtile a directo separatum temporale esse, non ecclesiasticum: quare in foro seculari debet super eo disceptari, & secundum leges ciuiles iudicari, *vt voluit Ancha. cons. 334. col. 1. tradit Decius, cons. 139. post numero 2.* Qua ratione emphyteuta ecclesiæ, ad collectarum contributionem constringitur, ratione vtilis dominii, quod habet, Isernia, *in cap. 1. verbo, & plaustrum, colum. 2. quæ sunt regalia.* Bona enim sequuntur personæ conditionem, cui adhærent *l. fin. in fine. Cod. de impo. lucra. descrip. & in l. fin. Codic. de inoffic. testamen.* conueniunt hi quorum iam supra meminimus *quæst. 7. numer. 13.* licet contradicant hi quorum meminit Brunus, *de statu. exclu. fœmi. articul. 8. quæst. 22. numer. 108. fol. 60.* negantes collectari emphyteutas ecclesiæ posse.

Quoad propositam autem quæstionem obseruasse, satis sit, verum esse, hic non agi de bonis clerici, sed tantum agi de illius successione, & cui illa bona magis sint concedenda, post eius mortem, quod in fortioribus terminis consuluit Socinus *libr. 1. consil. 230. col. pen. cum sequent.* resoluens, quod licet verum sit, matres tertii ordinis sancti Francisci esse religiosas, & personas ecclesiasticas, nihilominus tamen eas ligari statuto laicorum interdicente, *ne qua mulier possit de suis bonis in præiudicium filiorum disponere.* Multo ergo magis ligabit, earundem personarum ecclesiasticarum bona, & hæreditatem ab eisdem post mortem relictam, vt contingit in casu, de quo præsens est tractatus. Ego tamen hanc Socini traditionem vix probare possum: siquidem non tam bona, quam personam illud statutum respicit, prohibens, ne quo modo, de suis rebus disponant: quod lex ciuilis efficere non potest, ex regula *d. c. Ecclesia S. Mariæ, de constit.* vbi Panor. *col. fin.* ab aliis probatus, *& in c. quod clericis, de foro compe. Alexand. cons 44. col. 4. versicul. & sic manifeste, & in finalibus verbis, lib. 5 Brunus lib. de statut. exclu. fœmi. articul. 8. quæstion. 2. numer. 9 & 10. fol. 51.* Ex quibus, sine dubio resoluendum est, legem Regiam *in d. § 3.* non minus procedere in clerico, aliaue persona ecclesiastica intestato decedente, quam quouis laico. Vtriusque enim emphyteusis applicabitur abintestato succedentibus, iuxta formam *d. § 3.* & eius prærogatiuas.

Ampliari † etiam lex Regia *in d. § 3.* potest, vt procedat in Iudæo emphyteuta, qui licet lege canonica non constringatur, *secundum adnotata in c. omnia 12. distin. c. si solus Christus 8 distin. legi.* tamen ciuili, seu imperiali non offendenti legem Moysaicam, & diuinam subiicitur. *vt post Ana. resoluit Felin. ibi, in c. Iudæi, in 2. ad finem, de Iudæis, cum aliis, quæ tradit Brunus, libr. de statu. exclu fœm articul. 6 nu. 55. cum seq.* ad cuius dicta te remitto, ne quæ pertracto, aut nunquam contingere possunt pertractare videamur. 23

Ibi, *Nano nomeando alguna pessoa, fique esse foro deuoluto ao senhorio.*

Notabilis † est huius text. decisio, quatenus probat, extingui emphyteusim, dominiumque vtile cum directo consolidari, quoties emphyteuta aliquem non nominauit, sibi successorem in secũdam, vel tertiam personam, iuxta formam contractus, pro cuius rei declaratione præmittendum est, hanc legem loqui, & procedere retento themate concessionis, de qua in principio meminit, nempe quando emphyteusis fuit concessa, *mihi, & pro eo, quẽ nominabo,* quã concessionẽ, 24

supra

supra resoluimus, conditionalem esse, & eam in conditionem resolui, *si nominauero*, qua conditione deficiente, quia non nominaui quempiam, deficere concessionem, necesse est, secundum vulgatas nostrorum traditiones, vt in specie resoluit Alexand. *lib. 6. cons. 232. numer. 4.* & diximus, *supra q. 7. n. 9.*

Nec dixetis hæredem, saltem nomine defuncti emphyteutæ, eius personam repræsentantem, nominare posse, *ex his, quæ supra scripsimus, q. 9 nu. 30.* Non enim in contractibus receditur a persona, *vt adnotatur in l. siquis arbitratu ff. de verbo. obliga.* nec declarandi potestas, in fauorem tertii concessa in hæredem transit, *l. fin. §. 1. C. communia de lega. Bar. in l. Si stipulatus fuerim, ff. de verborum obliga. gloss. in l. idem Pomponius, de rei vind. Pelaez, lib. 1. maio. q. 48. nu. 48. in fine.*

25 Quod † tamen intelligendum videtur, nisi dominus directus nolit emphyteusim extingui, quia tunc emphyteutæ hæres, vel illam, retinere, vel in alium transferre, qui statutam pensionem soluat adstringitur: receditur enim in contractibus a persona, quia domino directo expedit *Bald. in l. Contractus, col. 2. versic. modo quæro, C. de fide instru. Iaso. in l. fin. §. 1. C. communia de lega.* Ceterum si plures sint; & in electione non conueniant, iudex suum interponet iudicium, *argumento l. plane famil. her.* Persuadebitur autem hæc resolutio, si intelligas, eam traditionem, quæ habet emphyteusim ex defectu nominationis extingui, inductam esse in fauorem domini directi, & consequenter sub conditione, *si ipse velit*, ad instar caducitatis inductæ, propter alienationem factam domino inconsulto, de qua *in l. fi. C. de iure emphyt.* vel non solutionem canonis, seu pensionis, de qua *in l. 2. illo titulo*, & nos inferius tractabimus, *in tract. de emphyteusis interitu, extinctione, & resolutione.* Quæ notabilis est limitatio ad legem Regiam in hoc §. 3. de raro tamen contingentibus.

26 Secundo † limitatur, vt non procedat, quando emphyteutæ, qui non nominauit supersunt ascendentes, aut descendentes, quoniam ad hos tanquam nominatos transit emphyteusis, vt *in d. §. 3.* plane probatur, ibi, *E sem outro algum herdeiro ascendente, ou descendente, em tal caso, fique esse foro deuoluto ao senhorio.* quibus verbis lex Regia docet, oppositum obseruandum fore, si liberi, aut ascendentes supersint, sumpto quidem argumēto a sensu cōtrario, quod in iure probabile est, ex his quæ scripsit Baldus *in l. Conuenticula C. de episcopis & cleri. gloss. & DD. in cap. si quis a simoniacis 1. quæst. 2. & cap. 2. de foro competen. Iaso. in l. In illa nu. 13. ff. de verbo. obliga. Roge. lib. de interpre. iuris. pagin. 211. cum seq. Iacob. de Nigris, in l. 1. ff de offic. eius, a n. 41. & Euerardus, in locis legalibus, in loco, argu. a contrario sensu.* Et hoc sine difficultate iure vtimur, in vtroque foro tam ecclesiastico, quam seculari. Quoties enim constat superesse ascendentes, vel descendentes emphyteusis extincta non censetur, sed illis adiudicatur, obseruata forma, & prærogatiua, gradus, sexus, & ætatis, de qua *in d. §. 3. tit. 62. lib. 4.* Porro hæc traditio, in sensu directo probatur ex verbis, *d. §. 3. ibi, E ficando per sua morte algum filho lidimo, neto, ou bisneto, deue esse foro ficar a elle.* Quo loco in sensu directo, parente non nominante quempiam ad emphyteusim, lex illa Regia emphyteusim descendentibus concedit: Ergo, & ascendentibus, ex regula correlatiuorum: quorum eadem solet esse iuris dispositio, *l. fin. C. de indicta vidu. tollen. l. si ab eo, C. de legiti. hæredi. & in l. fin. C. de Cupress. lib. 11.* ex regula etiam æquiparatorum, quæ eademmet iuris decisione regulantur, licet ad alterum tantum, fit directa decisio, *gloss. & DD. in c. si postquam, de elect. in 6. Iaso. in l. ex facto, de vulga. nu. 6. Hippo. Rimi. in §. 2. instit. quibus alien. licet. n. 28. Rogerius, lib. de iuris interpreta. pag. 257. nu. 33.* Comparasse autem legem Regiam *in d. §. 3.* existentiam ascendentium, & descendentium, ne emphyteusis extinguatur, liquido cōstat ex illis verbis, *Se outro algũ herdeiro ascendēte, ou descēdēte &c.* Ergo quod postea in sensu directo, lex illa disposuit in liberis, & in parentib. dispositum esse dicendum est, ne diuerso iure censeantur, in hac maxime materia successionis, ad quam eodem ferme iure, & ratione vocantur, ex his quę habentur *in l. nam & si parentibus ff. de inoff. testam. & in l. fratres, Cod. de iure emphy.* Quapropter si testatus decedit emphyteuta, non minus parens scriptus hæres dicitur nominatus, quam filius, *vt l. Regia probat, in d. titu. 62. §. 1. & 2* vbi ponderandum est, quod l. Regia statuit, testamentariam successionem parentum, regulandam esse, a successione abintestato, de qua *in d. §. 3.* quod a legislatore factum fuisse interpretor, quo significaret, tam ex testamento, quam ab intestato parentes videri nominatos, ex regula *l. conficiuntur. ff. de iure codicillorum:* quia tamen omnes simul admitti ad successionem emphyteusis non possunt, voluit, & statuit, testamentariam successionem regulari ab ea, quæ statuta est abintestato, *in d. §. 3.* Quocirca absque vlla difficultate vsus, & praxis obseruat, in vtroque foro, emphyteusim extinctam, non esse, licet emphyteuta neminem ad emphyteusim eligat, dummodo hæredes ei supersint liberi, vel parentes, quibus est adiudicanda emphyteusis, tanquam nominatis, seruata tamen forma *d. §. 3.*

At † hoc in profana emphyteusi procedere in confesso est. Ceterum quod attinet ad emphyteusim ecclesiasticam ambiguum sane est, ex his quæ supra lato sermone adnotauimus, *q. 7. n. 1. 2. & 3.* vbi de hac re late egimus, an l. Regia, *d. tit. 62. in princip.* quatenus hæredi instituto emphyteusim concedit, tanquam nominato, & hæc *d. §. 3.* liberis abintestato succedentibus, intelligenda sit procedere etiam in emphyteusi ecclesiastica, concessa, *pro eo, quem emphyteuta nominabit*, quæ concessio *vt ibi adnotauimus*, resoluitur in conditionalem, *si nominabit:* qua deficiente conditione, ex vi legis, & conuentionis, ius est quæsitum ecclesiæ prætendenti emphyteusim extinctam, quo quidem iure ecclesiam priuare lex ciuilis non valet, nec super eo aliquid statuere, vt diximus *in tract. de Renouat. emphy. q. 9. n. 9. fol. 66.* 27

Quæ † resolutio in liberis, licet controuersiam patiatur, & ambiguitatem maximam, in parentibus tamen extra omnem difficultatem certe esse videtur, si consideres, quod ecclesiastica emphyteusis ad ascendentes non transit, vt notabiliter probauit Bal. *in auth. defuncto, C. ad S. C. Tertull.* & diximus *in tract. de reno. emphy. q. 9. n. 10.* 28

Comprobatur † facile, argumento feudorum, quæ similiter ad ascendentes non transeunt, vt habetur *in c. 1. de natura success. feudi*, vbi hoc notant 29

gloss. & DD. communiter. *Pyrrus in suis consuetu. Aurel.titu.de success.in princ. & cap.2.in fine,tractatus de success.ab intestato,additus alii, Oliuerii Textoris de gradibus cognationum,n.81.pag.269. & Massuerius,in tit.de success.ab intest.& alii* quos *in d. tract.de renouat q 9.n. 10.*retulimus.

An autem ea communis scribentium resolutio possit casui l. Regiæ *d.tit.62.lib 4.*applicari vehementer dubito,nec abs re,si hæc,vt decet,a radice perpendantur.

30 Et † Aluarotus,*in d. c.1.de natura success.feudi,*aduertens illius text. decisionem, quatenus, ascendentibus negat feudi successionem , communes regulas,& traditiones offendere,secundum quas non minus ascendentibus,quam descendentibus solet successio deferri ex regula *l.nam & si parentibus ff.de inoffi.testam.* Asserit hunc esse casum specialem , in quo parentibus negatur feudi successio, propter illius naturam quæ solos descendentes respicit, non ascendentes , quod idem Aluarus Valascus noster *in d.q 39. nume.9.*probauit in emphyteusi ecclesiastica, quam , eadem ratione negat ad ascendentes posse transire. At quia rationem huius specialitatis neuter reddit,placere minime potest,quod simpliciter aiunt,specialiter in feudo & emphyteusi ecclesiastica receptum esse, excludi parentes , propterea quod eorum natura est respicere descendentium lineam,& successionem,non ascendentium , id est enim quod quærimus,quare illis hæc inest natura,excludendi ascendentium lineam, contra iuris traditiones , & nota principia.

31 Quamobrem † ego aduerto,ab ea ratione Aluaroti *in d.c.1.de natu.success.feudi.*recessisse Curtium iuni.*d 3.par. feudorum, numer.12.*& Cassaneum.*in d. rubr. 7.§ 6 ad fin num.6.cum seq.*qui adhærent Baldo, *in d cap.1.* intelligentes ex eo parentes a feudi successione excludi, quia feudorum cōcessio,sua natura solis descendentibus prouidet , adeo vt simpliciter facta concessio, licet eorum nulla fiat mentio pro ipsis videatur facta. Quare si mihi,& hæredibus meis feudum forte concedatur, intelligitur , pro liberis tantum concessum admittendis,ordine successiuo, *iuxta adnotata in c in præsentia, de proba. DD. in l Gallus §. quidam recte ff. de lib. & posthum.* Qua ratione excluduntur ascendentes,*secundum Aluaro.in cap. 1. §. hoc quoque, qui feudum dare poss.* concordat tractatus ille *de success.ab intestato*, additus Viglio, *numero 81.* addens, quod in materia feudali concessio pro hæredibus,ad filios tantum restringitur, secundum quod habetur *in cap. si clientulus, de aliena. feudi.* Quæ ratiocinatio, si recte consideres in effectu , nihil aliud continet, quam speciale esse in feudis, quod solam lineam descendentium respiciant , non ascendentium. Et propterea verba illa, *pro hæredibus* , ad illos tantum restringi , ne quo modo parentes, aut alios cognatos hæredes includant. Quamobrem non est cur huic possim assentire rationi, quæ difficultatem non soluit: Id enim est , quod hic quærimus , quare hoc in feudis obtineat specialiter, contra iuris regulas? Vt inde possimus commode perpendere , *an ea feudorum traditio , ad emphyteusim ecclesiasticam, sit trahenda, ne etiam ad lineam ascendentium trans eat*, vt prælati interpretes voluere , & consequenter , *an eorum resolutio recte l. Regiæ , de qua agimus dicto titulo 62. §. 1. 2. & 3. applicari iure possit* ? Reiicienda est igitur hæc Baldi ratio, vt nominatim placuit Curtio, & Cassaneo in locis supra proxime citatis, intelligentibus eam,neutiquam propositam difficultatem, diluere , per quam id principaliter inquirimus, *quæ nam fuerit præcipua ratio*, hoc ita statuendi in feudis, ne succedant ascendentes, & consequenter nec in emphyteusi ecclesiastica.

Iacobus † de Bellouiso, & Nicolaus de Neapol. *in d.cap.1.de natura successio.feudi, & Baldus in l.ea lege.col.pen. quæst.5.Codic. de condi. ob causam.* intelligunt feuda parentibus negari, quia in eis cessat domini directi voluntas,seu causæ finalis suæ cōcessionis ratio, quæ in seruitiis bellicis præsertim impendendis consistit, *vt in cap.1.d.noua forma fideli.* quam in ascendētibus cessare planum est. Sunt enim hi senes, infirmi, debiles, imbecilles,ad res bellicas maxime peragendas:quamobrem intelligunt feudorum naturam descendentes tantum respicere, qui bello, & armis aptiores, & ad præstanda seruitia habiles, & obeunda belli munia magis idonei: Quapropter ex feudi natura,& defectu dominici consensus excludi ascendentes, mirum non est. Et hanc rationem magis probant Cassaneus, Curtius , & Valascus , *supra citati.* 32

Nec obstat, quod Aluarotus,& Iaso *in l.Gallus, § etiam,ff.de lib.& posth.n.24.* obiiciunt,hanc rationem perpetuam non esse: siquidem contingere potest, nonnunquam aptiorem multo esse bello ascendentem, quam descendentem,quoniam & si concedamus , id aliquando posse contingere, satis est , quod regulariter contrarium obtineat, quare lex solum respexit communiter contingentia, ex regula *l.non ad ea ff.de legibus.* Hæc est igitur feudorum specialitatis ratio, propter quam iusta ratione, earum successio parentibus negatur, qui non ita bene debita seruitia domino impendere possunt: hinc sumpta occasione interpretes nostri emphyteusis ecclesiasticæ successionem ascendentibus, negant, sed an recte videamus.

Si † quid mea sententia valet, aut mouere quempiam potest. hæc feudorum traditio, & ratio emphyteuticæ concessioni applicari minime potest. si quidem emphyteusis seruitium in solutione annuæ pensionis consistit, *vt in l. 2. Codic. de iure emphyteutico* quam præstare, & ecclesiæ soluere, non minus ascendentes, quam descendentes valent. Quapropter nulla iuris ratio tolerat, eos repelli posse, qui præstare reale seruitium æque possunt. Idque videntur, Iacobus de Bellouiso, & Nicolaus de *Neapol.* significare , quatenus ascendentes a descendentibus distingunt,quia isti plerumque bello, & sic seruitiis personalibus impendendis sunt aptiores, oppositum intelligentes fore respondendum , si semper, & vbique æquales sint, quemadmodum sunt, quando seruitium est reale , in pensione annua præstanda consistens , quam decrepitus quisque præstare potest. 33

Comprobatur † hoc, si consideres clericos, & personas ecclesiasticas nominatim esse a feudorum successione repulsos, *cap.qui clericus, si de feudo fuer.contro.inter.domi.& agna.& in ca.1.de benef.fœmi.* 34

vbi

vbi post alios Afflict. in §. 1. Curtius. lib. feudorum. 2. par. 3. par numer. 13. cum seq. Afflict. etiam d. c. qui clericus, col. 1. Barba. in rubr. de feudis, & lib. de præstantia Cardi. quæst. 5. Duennas regula 103. Sylua cons. 13. a numero 52. Iulius Clarus lib. 4. §. feudum q. 78. Meno. lib. 2. senten. casu 281. Cepha. lib. 1. cons. 1. in prin. Molina, lib. 1. de primog. cap. 13. nu. 96. tradit Cotta, verbo, clericus, & Cyriac. de primog. lib. 1. q. 24. a nu. 40. Cuius resolutionis ea præcipua ratio, & finalis est, quia Deo militans, & dedicatus clericus temporalibus negocijs se implicare non debet, *tex. in c. 1. & per totum, ne cleri. vel monachi. glo. in c. præsens 20. q. 3. Bar. per tex. ibi in auth. de sanctiss. episc. §. sed nec, colla. 9. citans tex. in c. scripsit nobis 27. q. 2.* Concordat Platea, *in l. colonos, per tex. ibi, C. de agrico. & censi.* iuuat tex. *in c. ex multa §. fin. de voto,* vbi clericis negatur, arma posse mouere. Qua ratione feudorum incapaces censentur, *per supra scripta.*

35 Nihilominus † tamen, vbi pro feudo non est prestandum ius personale, sed magis aliquid reale, in re, scilicet, consistens, a persona ecclesiastica exigibile, hæc traditio non procedit, quoniam illa non obstante feudum capere clericos potest, vt in specie tradit Rui. *lib. 1. cons. 18. n. 17. in fi. Paris. lib. 1. cons. 4. n. 13. & cons. 12. n. 20. cum seq. eod. lib. Cepha. lib. 1. cons. 1. n. 23. cum seq.* Quo argumento plane resolui, traditionem feudi, de qua supra, nequaquam cõcludere in emphyteusi ecclesiastica idem obseruandum, & consequenter negãdam esse emphyteusim ascendẽtibus, quemadmodum & illis negatur feudum. Dispar est enim vtriusq; ratio: quia feudum, *vt supra resoluimus*, illis non conceditur: quoniam seruire personaliter domino non valẽt, cuius oppositum obtinet in emphyteusi, cuius pensionem soluere possunt. Nequit ergo illa feudalis resolutio emphyteusi applicari. Quid igitur dicendum? docentem video neminem.

36 Vltra † prædicta, ego animaduerto rationem, quam Iacobus de Belloniso, & Nicolaus de Neapo. & Caffan. Cur. & Valascus admittunt, probabilem non esse, quatenus senecturis iniuriam vitio adscribunt, vt ob eam ascendẽtes a feudi successione repellantur, quasi obeundis belli, & militię laboribus inutiles. Quoniam maturitas consilij, rerumq; sagax experientia, & prudentia longo rerum vsu comparata longe vtilior dominis futura est, & magis vsui in bello, quam iuuenis robur. Bos enim senex cõstãtius figit pedem. Quocirca, quod seni viribus deest, consilio compensat. Vnde licet admittamus parentem senio cõfectum armorum vsu carere, repelli a feudi successione non debet: siquidem in eo multa alia concurrunt, domino directo per quam vtilia, & necessaria, *argumento notatorum in §. affinitatis instit. de nupt.* Nec certe rationi congruit tantam austeritatem antiquæ feudorum consuetudini tribuere, vt arbitremur, pluris eam fecisse iuuenis ensem, quam senis sanum consilium, & experientiam, contra notata *in l. Senium, Codic. qui testament. facere poss. & in cap. 1. de renuncia.* vbi multa per DD. videto, *& in l. 1. Tauri, verbo, Sabios antigos,* & ibi glo. notabilis. Ex quibus sane resoluitur, insolutam hanc manere difficultatem, & consequenter traditionem feudorum, ascendentes a successione feudi arcentem, tanquam exorbitantem, regulisque iuris communis contrariam, applicari emphyteuticæ concessioni non posse.

Ego † aliquando existimabam huius rei rationem altius repetendam fore, Iure enim compertum est, regulariter feuda pro filiis, & descendentibus plerumque concedi: & hæc feuda ex pacto, & prouidentia nuncupari, *vt tradunt Isernia, Afflic. & alij in ca. 1. an agnatus. Pinellus, & alij,* quorum meminit Valascus *de iure emphyt. quæst. 43. numero 2.* resoluens, huiusmodi feuda non esse hæreditaria, & proinde ad descendentes, quamuis hæredes non sint, transire. Et ita procedit text. *in cap. 1. de natura successionis feudi,* negans parentibus feudi successionem, quia concessionis verba solos descendentes respiciunt, & illis conueniunt ex vulgata regula, *l. in agris ff. de acquirend. rerum dominio.* vbi causa limitata limitatum producit effectum. Obstat enim concedentis voluntas, qui in fauorem duntaxat liberorum feudum concessit, parentesque noluit admittere, imo magis extinctam concessionem ex præscripto voluntatis esse voluit. Quod etiam ex regula *l. cum prætor ff. de iudi.* deducitur. Vnius enim lineæ, & sic liberorum inclusio, alterius, scilicet, parentum est plana exclusio, *habetur in c. non ne de præsumpt. & in l. maritus, Codic. de procura.* 37

In † qua sane specie, concessa ab ecclesia emphyteusis, ad ascendentes non trãsibit: siquidem in fauorem liberorum tantum reperitur concessa. Ceterum si feudum, vel emphyteusis concessa reperiatur, tali forma, quod hæreditaria necessario sit censenda, nihil obstat, quo minus descendentes capere illam possint, descendentium hæredes facti, *l. nam, & si parentibus. ff. de inoff. testament.* idque verum esse ipsemet Valascus, *quæst. 39. num. 9.* fatetur, si modo emphyteusis est profana, quæ regulariter est hæreditaria, & ad parentes hæredes filiorum transit, non minus quam ad alios hæredes, *ex his quæ supra resoluit Valascus de iure emphyteut. quæst. 49. colo. 4. in prin. & post numer. 6. versic. in seculari vero.* Cuius oppositum obtinet in emphyteusi ecclesiastica, quæ regulariter hæreditaria nõ est, licet pro hæredib. concedatur; quia intelligitur concessa pro liberis, seu filiis hæredibus, non pro aliis. secundum communem *in l. quod dicitur ff. de verbo. obliga. tract. successio. ab intest. additus Viglio, numero 81. Valascus, quæst. 44. ante numer. 9. cum seq.* In quo certe emphyteusis secularis ab ecclesiastica differt, quia illa regulariter hæreditaria est, hæc non, quemadmodum nec est feudum, *ca. 1. de aliena. feudi.* Intelligo hæreditarium non esse. id est, ad quoscunque hęredes trãsmissibile, quia solis filiis defertur, dummodo hæredes sint, *vt tradit Valascus quæstion. 43.* Vnde quemadmodum emphyteusis secularis pro hæredibus, ad parentes transit, ita etiam transibit ecclesiastica, ita concessa, quod possit ad alios, quam descendentes peruenire, in qua specie per quam durum, & incongruum erit parentibus negare emphyteusim, quæ aliis præter liberos, negari non potest. Ex quibus sic adnotatis liquido constat, hac in re nihil speciale habere feudum, nihil etiam emphyteusim ecclesiasticam, quamuis non valeant transire ad ascendentes, secundum iam supra citatos auctores quorum sententia formæ concessionis tribuenda est, & adscribenda, cuius verba cum respiciant liberos, & minime parentibus adaptari pos- 38

sint, eis deferri emphyteusis non potest, nec feudum. Quamobrem quoties feudum, aut emphyteusis ita ab ecclesia concessa reperiatur, quod possit ad alios, quam descendentes peruenire, ascendentibus, sine dubio negari non poterit, *per suprascripta.*

39 Vnde † ad propositum l. Reg. *lib. 4. tit. 62. §. 1. 2. & 3.* responde intelligendam esse, & sine vllo scrupulo ampliandam, vt procedat, etiam in emphyteusi ecclesiastica, quoniam vt iam superius admonuimus, l. illa regia loquitur, & procedit in concessione facta, *pro eo quem nominabo*, quam cõprehendere quoscunque hæredes, etiam extraneos iam supra probauimus. Mirum ergo non est, si huiusmodi concessio, etiam ascendentibus prosit, quorum successio multo fauorabilior est, *ex adnotatis in l. nam & si parentibus, ff. de inoff. testam.* quæ vtilis profecto resolutio est.

Ex prædictis iam infertur notabilis declaratio, ad l. Reg. *lib. 4. titu. 63. § 5.* quatenus probat ad emphyteusim concessam, *pro filio, vel filia nominanda*, extraneum nominari non posse, vt procedat, & locum habeat, in parentibus, qui in hac specie extranei sunt, & omnino repellendi, per supra scriptas interpretum nostrorum auctoritates, quę huic speciei, sine dubio conueniunt, quando emphyteusis est pro filiis concessa. Obstant enim in hoc casu verba, & concedentis voluntas, & intentio, qui descendentibus solum voluit prouidere, non aliis.

40 Sed † hæc limitanda sunt, non procedere quãdo ascendens descẽdentem filium, aut nepotem ad emphyteusim, quã habebat, nominauit, quo casu, si postea eidem descendenti succedat ex testamento, vel ab intestato, emphyteusim obtinebit, *vt notabiliter resoluit Prapo. in ca. 1. de vassallo decre. ætatu, col. 2. Cassaneus, in consu. rubr. 7. §. 6. ad fin. nume. 8. & 9.* Res enim hoc casu emphyteutica non ascendit, sed ad suam magis reuertitur naturam. Concordat Cur. *lib. de feud. 2. par. 3. par. n. 45.* & habemus nos notabilem ad hoc propositum, l. Regiam, *lib. 2. titul. 17. §. 13.* vbi postquam sanxit, parentes non posse, filiis succedere in bonis coronę Regię, subdit hæc verba, *Pero se a dita terra for primeiramente do dito padre, ou auo & per nossa authoridade foi per elle dada ao dito filho, ou neto, en tal caso per morte do dito filho, ou neto, tornarsea ao dito padre, ou auo, cuia antes foy.*

41 Secundo † limita in feudo, seu emphyteusi antiqua acquisita a maioribus descendentium, ad quam admittendi sunt possessoris ascendentes, qui similiter sunt acquirentis descendentes, quare in eis verificantur verba concessionis, *pro liberis, vel descendentibus facta*, vt tradit Gulielm. *in cap. Raynutius, verbo, & vxorem, nu. 656. tractatus de successi. ab intestato additus Viglio, nu 81. versi. & hoc. Affli. in cap. 1. imperator Lotharius, nu. 3. & in c. 1. de natura successio. a num. 1.*

42 Quod † autem dict. leg. Regia, *in d. §. 3.* probat extingui emphyteusim, quando emphyteuta neminem ad illam successorem nominauit, ampliandum est verum esse, etiam si emphyteuta aliquem nominauit reuocabiliter, *iuxta ea quæ inferius tractabimus, super tit. 63. lib. 4.* si modo eam nominationem reuocauit, nec aliam deinde fecit, quia sic reuocata nominatio, pro non facta habetur, quare impedimento, quominus extincta sit emphyteusis, esse non potest nominatio, quæ de iure non potest sortiri effectum.

Nec te moueat in contrarium text. ille *in l. 1. ff. qui sine manu ad libertatem perue.* per quem notabiliter Ang. *in disputat. incipi. Astensis miles char. 5.* ait, quod licet mortis causa donatio, per solam donatoris, pœnitentiam reuocetur, *vt in l. qui mortis ff. de dona. causa mortis, & in l. Seia, eod. tit.* si tamen donans sine hærede decedat, ad quem res sic donata, & reuocata posset peruenire, donatarius, non obstante pœnitentia, rem ipsam obtinebit. Quo argumento in casu, de quo agimus, videbatur respondendum, emphyteusim mansuram penes nominatum, emphyteuta intestato decedente, & sine hærede, ascendente, aut descendẽte. Nã cum collaterales emphyteusim petere non possint, per text. *in d. § 3.* nominatus illam retinere poterit, ex suprascripta Ang. traditione ad huius rei decisionem semper notanda; cum quo concordat Imol. *in l. circa. § fi. ff. ad l. falci. Alex. in l. quoties, col. 3. versicul. iuxta hoc ff. de lega. 1.* firmans prædictam Ang. sententiam semper sibi visam fuisse admirabilem.

43 Sed † non obstat, quia vt ipsemet Alex. adnotauit, Ange. loquitur in casu, in quo non adest hęres, qui rem possit vindicare, *vt etiam adnotauit Exea de pactis, n. 159 post Socinum, in l. 2. col. fi. ff. de leg. 1.* addens bonum casum, *in l. Mutiana. ff. de condi. & demonstra.* ibi, *quia non est, qui caueat*: & ibi etiam Exea *nu. seq.* adducit bonum simile de fideicommissario, cui conceditur vtilis, sine restitutione fideicommissi, vbi non est qui restituat, *l. pen. §. 1. Codic. ad Trebe.* Quæ sane ratio cessat in casu nostro, quia licet non adsit hæres, qui vindicare emphyteusim valeat, & reuocatam nominationem allegare possit, adest tamen dominus directus prętendens extinctam esse emphyteusim, & ad se reuersam per consolidationem dominii. Vt interim non omittamus Ang. sententiam *in d. l. 1. ff. qui sine manu.* minime probari, vt tradit Exea. *nu. 161. cum seq.* addens etiam vix posse quempiam sine hærede decedere, si quidem adest fiscus, qui defectum supplet, *vt ibidem, post Paulum de Liazar, Ias. & plures alios probat Exea.* Stat igitur firma conclusio, extinctam emphyteusim esse, vbi nulla reperitur nominatio facta, vel saltem nulliter facta, aut reuocata, quo casu reuocari potest, dummodo emphyteuta ascendentibus, & descendentibus hæredibus careat, qui se nominatos dicere valeant, secundum formam *d. §. 3. tit. 62. lib. 4* Sub qua regula cadit casus, ille, nuper a senatu nostro decisus, in quo pronunciata fuit emphyteusis extincta, ad quam emphyteuta per propriam apocham priuatam, sororem suam nominauit, nullis tamen adhibitis testibus, quibus iustificari nominatio posset, quamuis literæ, signique comparatione, illa apocha comprobata extiterit.

Ibi, *E ficando per sua morte, algum filho lidimo, neto, ou bisneto barano, deue esse foro ficar a elle.*

44 Ordinatio † hæc vtiliter sanxit, filium legitimum patri succedentem abintestato, consequi emphyteusim, quam pater habebat, cum potestate nominandi, secundam vel tertiam personam, non minus, ac si illum pater nominatim instituisset, aut nominasset, iuxta ea quæ supra obseruauimus *in princip.* institutum hæredem, etiam extraneum nominatum videri, & emphyteusim quasi

quasi nominatum obtinere. Et huius rei ratio, quia filius abintestato succedens, tanquam vocatus, ex iudicio patris, & secundum eius voluntatem succedit, *l. conficiuntur §. 1. vbi DD. ff. de iure codi. tradit Pinellus, de bonis ma. fol. 46. numer. 73. in prima par. l. prima*, citans inter alia *gloss. in l. non iustam, C. ad Treb.* quam admirabilem dixit Iaso. *in auth. ex causa, col. fin. C. de lib. praeter. Paulus, & idem Iaso. nume. 40. in l. licet Imperator. ff. de lega. 1.* & est bonus text. *in l. 2. C. de bonis ma. ibi, vel intestati successione contulerint:* planior *d. l. conficiuntur*, ibi, *quoniam creditur, patremfamilias sponte sua his relinquere legitimam haereditatem.* Consonat quod habetur, *in l. si fundum per fideicommissum, cum l. seq. ff. de leg. 1.* vbi patri conceditur, posse grauare, filio suo impuberi abintestato successuros, ea potissimum ratione, quia eo ipso quod pupillariter illi non substituit, eos videtur vocasse, tradit Parisius, *lib. 3. cons. 15. numer. 11.* & probat *l. 1. §. 2. ff. ad Treb.* Nec existimandum est, ea iura loqui, & procedere in haereditate, cuius naturam nominario emphyteutica abhorret, quoniam respondetur, id verum esse, quando nominatio per se ipsam constat, non quando simul in ipsa haereditate inuoluitur: quemadmodum contingit in casu, *d. §. 3. & principii. tit.* vbi ex testamento haeres scriptus, vel abintestato vocatus dicitur nominatus, quia haeres, quare iure haereditario emphyteusis retinetur, *l. vnum ex familia. §. si duos, ff. de leg. 2.* ibi, *quos iure haereditario retinent.*

45 Aliquando tamē † quidam nostri ordinis grauissimi iuris interpretes, hanc traditionem (quae habet abintestato succedentem parenti filium, quasi nominatum emphyteusim obtenturum) ambiguam esse censebant opinantes, ex nulla *d. §. 3.* parte colligi posse, oportere filium haeredem esse, vt emphyteusim petere possit: quare iusta ratione defendi posse putabant, non esse necessarium, filium abintestato vocatum esse haeredem, vt emphyteusim assequatur, quasi satis sit, eum fuisse a patre tacite nominatum, vt illam obtineat, licet haereditatem repudiet, quemadmodum obtinebit expresse nominatus. Taciti enim & expressi idem solet esse iudicium, *leg. cum quid ff. si cert. peta.* Nec hoc mirum, quoniam filius regulariter potest emphyteusim capere, & haereditatem repudiare, vt post alios resoluit Iaso. *in l. 2. Cod. de iure emphyteut. numer. 226. Barba. lib. 2. consil. 63. a numer. 14. Afflict. cap. 1. au agna. a numer. 57. Valascus, de iure emphyteut. quaest. 44.* Quare in casu *d. §. 3.* satis probabile videtur filium tanquam a parente nominatum emphyteusim obtenturum, licet haereditati se immiscere recuset. Quae profecto vtilis admodum obseruatio est, & ad l. Regiam declaratio, quam nominatim defendit Gama, *d. q. 229. n. 1.* Cui ego vix accedere possum, cum verba, l. Regiae intueor. In principio enim lex Regia, vbi nullus reperitur nominatus ad emphyteusim, scripto haeredi emphyteusim defert tanquam nominato, vt ibi adnotauimus, & ex illis verbis plane colligitur, *aquelle que ficar herdeiro na herança do finado, fica nomeado ao dito foro.* Interpretor ego illa verba, *que ficar herdeiro*, cum effectu agnita, scilicet, haereditate, non repudiata. Is enim proprie haeres est, qui haereditatem adiuit, *l. 3. §. si quis haeredi. ff. de statu. lib. l. 3. §. si quis ita. & ibi Bartol. & Imol. ff. de haeredi. insti.* quod post Socinum, notat Babet. *in l. Cum filio numer. 91. ff. de legat. 1.* pro declaratione dispositionum loquentium de haeredibus, quae intelligi debent de iis, qui iam adiuerunt haereditatem, quod plane significare Paulus I.C. videtur *in l. si in diem 46. in princip. ff. de condi. & demonstra.* probans grauatum infra mensem, centum dare haeredi, teneri infra mensem, a tempore aditae haereditatis currentem dare, quia tunc proprie ille haeres est, non antea. Qua ratione idem iudicatur, e contra, si forte haeres infra mensem grauetur dare, intelligitur enim ita grauamen iniunctum, vt a tempore aditae haereditatis non incipiat tempus currere, *vt in dict. leg. si in diem, adnotauit Bartol. in fine*, & est communis scribentium resolutio, *teste Socino, in l. si mihi & tibi. §. si quis seruos. ff. de leg. 1 numer. 3.* & est ad hoc notabile quidem responsum Vlpiani, *d. l. 3. §. si quis haeredi. ff. de statu. liber.* vbi seruo fuit legata libertas, si infra dies triginta, centum daret, post quos dies lapsos, institutus haeres haereditatem adiuit, & quia infra dies triginta connumerandos a tempore mortis, seruus illa centum non soluit, negandam libertatem sedulo contendebat. Sed oppositum respondit Iurisconsultus obseruandum, dummodo infra dictos triginta dies, connumerandos ab adita haereditate soluat, in haec verba, *Si quis haeredi (inquit) in diebus triginta proximis mortis testatoris dare iussus fuerit: deinde tardius adierit, Trebatius, & Labeo, si sine dolo malo tardius adierit, dantem eum intra dies triginta adita haereditatis, ad libertatem peruenire aiunt, quae sententia vera est.* Aduerto igitur in casu illius text. fuisse impositum grauamen, dummodo infra triginta dies a tempore mortis defuncti computandos, seruus centum daret, & nihilominus Vlpianus respondit, seruum, illa praestantem infra dies triginta, numerandos a die aditae haereditatis satisfacere. Agnouit enim Iurisconsultus tunc incipere illum esse haeredem, qui testamento scriptus haeres est, & propterea ab eo tempore, praescriptum terminum currere, ex mēte defuncti, qui cum haeredi voluit seruum dare, intellexit de haerede vero, qui haereditatem adiuit, nec restrictio ad tempus mortis facta tenet, quia credidit testator statim illum aditurum haereditatem, non quod voluerit ante aditam haereditatem illi posse solui, in quo ille text. est notabilis secundum Bart. *d. l. si in diem*, sic ampliantem tex. ibi, vt procedat etiam si testator terminum restringat, ad tempus mortis, commendat idem Bartol. *in l. si. §. 1. Cod. de iure delib. & in l. si cui legetur n. 4. ff. de legat. 1. rursus, & in l. genero numer. 3. ff. de his qui no. infamia. Ias. in l. Si mihi & tibi. § si quis seruos, nume. 14. ff. de legat. 1. Roma cons. 409 n. 5. Decius 635. n. 13.* Ex quorum sententia, & traditione, sine scrupulo deducitur dispositionem facientem mentionem de haerede intelligendam esse de haerede vero, qui haereditatem agnouit, non antea. Quod etiam deducitur ex eorum interpretum auctoritate, qui respondent attendendum non esse tempus aditae haereditatis, quando quis fuit grauatus, infra certum tempus alii tertio non haeredi dare, in qua specie praedicta ratio cessat, *vt adnotarunt Alb. Paulus & Imola, d. l. si in diem ff. de condi. & demonstra. Iaso. d. §. si quis seruos, n. 14. l. si mihi & tibi ff. de legat. 1.* quod etiam Bart. & Socin. *d. l. si in diem*, plane persentire videntur.

46 Recte † igitur lex nostra Regia, *in d. prin. tit. 62. lib. 4.* emphyteusim deferens filio, parenti abintestato, hæredi facto, interpretatur loquuta de hærede vero, & qui paternæ hæreditati iam se immiscuit, & non antea: qui communis est illius legis sensus, & in praxi receptus, secundum quem scriptus hæres, quasi nominatus emphyteusim consequitur, dummodo hæreditatem adeat, verusque per aditionem fiat hæres, *ex his quæ iam supra scripsimus, quæst. 10. numer. 9.* Quo argumento idem proculdubio respondendum est, in filio hærede instituto, quem lex Regia, *d. tit. 62. in princip.* coniuncto §. 1. *& 2.* similiter hæredem scriptum, nominatum esse decernit, & consequenter habiturum emphyteusim, dummodo hæreditati se immisceat: aliter enim si illam neglexit, & repudiauit, carere emphyteusi debet, *vt iam supra diximus, q. 10. n. 27.*

47 Eodem † vlterius argumento idem respondendum videtur in casu §. *3. tit. 62. lib. 4.* quod vt abintestato vocatus filius, de quo ibi, emphyteusim consequatur, se hæreditati debet immiscere, aliter concurrunt in hac specie, iura, & rationes, quibus proxime resoluimus filium, testamento parentis amittere emphyteusim, si patri nolit esse hæres, quia inuoluta sub hæreditatis titulo, in ea expressa institutione inest ad emphyteusim nominatio, quæ separari ab eo titulo hæreditatis non potest. Multo ergo minus poterit hæc tacita, & ficta, per quam abintestato successurus filius dicitur vocatus, *per d. l. conficiuntur §. 1. ff. de iure codi.*

48 Denique † quod supra diximus, legem loquentem de hærede, intelligendam esse in hærede, intelligendam esse in hærede vero, & sic in eo, qui hæreditatem adiuit, dispositioni legis Regiæ, *in d. §. titul. 62.* applicari recte potest quoniam de ascendentibus, & descendentibus loquitur, adiecto hæredis nomine, ibi, *Finandose abintestado, sem outro algum herdeiro ascendente, ou descendente.* Ergo plane lex illa Regia docet, oportere hos ascendentes, vel descendentes hæredes esse. vt possint emphyteusim petere, quibus consonat, maxime, quod Salic. vtiliter adnotauit *in l. maximum vitium num. fin. Cod. de lib. præter.* resoluens, filium debere parentibus hæredem esse, vt possit fœminas excludere, stante statuto, quod extantibus masculis illæ non succedant. Paria sunt enim non extare, & non apparere, repudiare, aut nolle habere, *l. si ue patronus 21. § fin ff. de iure patro.* ibi, *Liberti filius hæres institutus, si bona repudiauerit, patronum non excludit,* & ibi gloss. ait, quia non videtur esse filius, qui patri non succedit. Concordat Vlpianus *in l. & si ex modica 6. §. si filius, ff. de bonis liber.* in hæc verba, *Si filius liberti hæres ab eo institutus, abstinuerit, quamuis nomine sit hæres, patronus admittitur.* Vides qualiter is, qui non vult hæres esse, pro mortuo, seu alias non extante habetur, ne quo modo alij impedimento sit. concordat Imperator *in l. vnica, Codic. de cadu. tollen. §. cum autem,* ibi, *quod si non sit vel abintestato successores illam suscipiant, vel si nulli sunt, vel accipere nolunt, &c.* quæ Imperatoris verba, plane probant idem omnino esse, nullos extare successores, vel extantes non habere hæreditatem, seu petere nolle. Quamobrem in proposita specie, si emphyteutæ filius, hæreditatem patris habere noluerit, perinde censendus est, ac si non extitisset, & consequenter vbi nulli alii adsunt ascendentes, aut descendentes, extinctam esse emphyteusim est respondendum, ex traditione l. Reg. *d. titul. 62. in prin. §. 3.* ibi, *Sem outro algum herdeiro ascendente, ou, descendente, fique esse foro deuoluto ao senhorio.* Nam cum paria sint, non extare, vel nolle adire, vt diximus, & tradit Salic. *in d. l. maximum vitium, n. fi.* & Socinus, *lib. 2. cons. 1. n. 15.* res deducitur ad terminos *dict. l. Regiæ,* §. 3. de emphyteuta decedente, sine ascendentibus, & descendentibus, cuius emphyteusis, quia neminem nominauit, extinguitur, & ad dominum ipso iure reuertitur. cum Sali. concordat Barba. *lib. 1. cons. 16. col. pen. post medi. versic. ad ista. Boerius, decis. 39. col. 2. in princ. Corn. cons. 10. nu. 2. lib. 3. & cons. 85. nu. 5. eod. lib rursus, & cons. 186. n. 4. & 202. n. 4. Carolus in consu. Parisien. §. 8. glo 1. n. 27. cum seq. Tellius, in l. 10. Tauri n. 20 Thomas Gramma. decis. 63. n. 10. & fuit sententia Bar. in l. 2. § sed si sint sui per text. ibi ff. ad Tertul. & in l. 1. §. si filius ff. de bono. posse. contra tab. Bal. d. l. maximum vitium, Cod. de liberis præteri. Corneus, lib. 3 cons. 313. nu fin. Fanu. lib. de statuto excludente fœmi. in prin. post n. 5. vol. 12 tra. fol. 80. tradit Baeça, lib. de nou melio. filia. c. 10. num. 70. Hippo. sing. 361. Laurentius de Pala. lib de statuto exclu. fœm. n. 125.* tradit etiam Brunus, *eod. lib. artic. 12. q. 7. a num. 114.* qui quamplures refert, resoluens proinde statutum, de quo ibi, excludens fœminas a successione propter masculorum existentiam, sane intelligendum esse, dummodo masculi hæredes sint, nec hæreditatem repudient, quod & Fanutius proxime citatus adnotauit, *Socinus, lib. 2. cons. 1. num. 25.* Quo argumento cum in casu nostro filius primogenitus, ceteros excludat, & masculus fœminam, vt d. l. Regia *d. §. 3.* disponit, necessario debet esse hæres parentis emphyteutæ, aliter nulla prorsus iuris ratione petere emphyteusim poterit, quæ inuoluta sub titulo hæreditatis in casu d. §. tertii, *l. Regiæ, lib. 4. tit. 62.* continetur. Nec ab ea separari commode potest, quia decedēs intestatus pater per *l. conficiuntur §. 1. ff. de iure codicil.* filium principaliter, ad hæreditatem videtur vocasse, & consequenter ad emphyteusim nominasse, quemadmodum contingit, quando eum simpliciter hæredem instituit. Quare merito vtramque, scilicet, emphyteusim, & hæreditatem debet capere, & acceptare, aut vtramque repudiare, quoniam (vt passim vulgo circumfertur) *dulcia non meruit, qui non gustauit amara.* Indignum enim se emphyteusi, videtur fecisse filius, qui paternam hæreditatem, non dubitauit repudiare, in casu dict. l. Regiæ, in quo ille petere emphyteusim, secundum concessionis formam non potest, nisi hæres sit, aut specialiter nominatus. In eo enim hæreditatis titulo tacita quædam inest nominatio, quoad emphyteusim, ex l. Regiæ, *d. § 3.* interpretatione, ad quam filius peruenit, aliter non accessurus, nisi sit hæres abintestato. Aliter enim magis tribueretur abintestato succedenti filio, & sic tacite vocato, quam nominatim scripto hæredi, qui si hæreditatem negligat, ad emphyteusim adspirare non poterit: *per supra scripta, q. 10. n. 27.*

Fulcit † hanc vtilem resolutionem, eorum traditio, qui probant, proximum gradu, cæteros excludere, oportereque habilem esse, & successionis capacem. Aliter si ille sit, minorum fratrum 49
monachus, deportatus, aut alias inhabilis ad succeden-

cedendum impedimento sequentibus non est, *vt tradit Roland. de success. ab intestato, nnmer. 7. vol. 6. tract. 2. fol. 64. Gulielm. c. Raynutius, verbo, mortuo. in 2. numero 72. de testament. Cassaneus, in consu. Bur. titul. de successio. §. 1. verbo, heretier habile, col. 1. versicul. aduerte.* Facit Corn. *libr. 3. cons. 82. & cons. 95. numero 2.* qui probat, statuto exclusum a successione, emphyteusim consequi non posse. & est bonus text. *in l. si qua pœna 7. ff. de his qui sunt sui.* vbi Vlpianus docuit, filio ex delicti pœna facto inhabili, nepotem eius locum obtinere: *habetur in l. si post mortem 10. §. liberi. ff. de bono. possess. contra tabu.* vbi Iureconsultus in hæc verba, *Liberi, qui contra tabulas habere non possunt, nec partem faciunt, si per alios committatur edictum.* Per quam Baldus *in l. qui prioris. §. talem. C. de secundis nupt.* adnotauit, alii impedimento non esse eum, qui capere non potest: inferens proinde constitutionem vocantem primogenitum ad successionem, ceteris filiis exclusis, intelligendam esse dummodo ille sit habilis: aliter enim tanquam non existens secundo genito impedimentum non facit, sequitur Tiraquel. *lib. de morte 2. par. declarat. 5. numero 27. & lib. de primog. quæstio. 9.* vbi multis comprobat quibus hæc iuuari recte sententia potest.

50 Ex † quibus nos aliquando respondimus, leg. Regiam, *in d. §. 3. tit. 62. lib. 4.* restringendam esse, ad filium habilem, & paternæ successionis capacem: quemadmodum intelligi debet, necessario omnis lex per quam ceteri habiles, & successionis capaces excluduntur vt contingit, quando statutũ soli primogenito successionem defert, aut masculo exclusis fœminis: vt contingit in casu, quem tractamus in dicta leg. Reg. *lib. 4. tit. 62. § 3.* vbi primogenitus omnes alios filios, & masculus fœminas, ab emphyteutica concessione submouet: Ita resoluit Fanu. *lib. de statuto exclu. fœmi. In prin. nume. 5. volu. 12. tracta. fol. 80. Baeça, lib. de nõ melior. filiabus, c. 10. n. 31. & 34. Tellus, in l. 10. Tauri nume. 20.* tradit Socinus, *lib. primo, consil. 25. nu. 15. Segura, in l. 3. § fin ff. de lib. & posthu. fol. 3. col. 2. ad fin. versicul. facit, quod voluit.* Ex quibus vera resolutio est, filium repudiantem hæreditatem parentis, illius emphyteusi carere debere, tanquam inhabilem, quem pater minime nominasset, si intellexisset illum, sibi hæredem non futurum, *d. l. Tale pactum. §. fin. vbi gloss. & DD. ff. de pactis.* Sunt enim hi casus comparati, non extare, & repudiare, seu habere nolle, aut incapacem esse. Pro mortuis enim hi semper habentur, vt est videre per Salic. *in l maximum vitium, numero 5. Cod. de liber. preter.* qui hos casus comparat, & omnes alii DD. eum sequuti, *vbi supra.*

51 Quo † fit, vt etiam exhæredatus, inter hos inhabiles, & emphyteusis incapaces connumeretur. Non extare enim, & exhæredatus filius dicitur, vt nominatim resoluit Costa, *lib. de successi. Regni. pagin. 155. in princip. argument. lib. 1. §. si pater, de coniungen. cum eman. lib. eius,* & ibi Bartol. *numero 2.* obseruauit, masculum exhæredatum minime posse excludere fœminam, stante statuto, quod illa, extantibus masculis non succedat, vt contingit in casu legis Regiæ, *d. §. 3.* vbi extante filio masculo, filia ab emphyteusis successione submonetur. Intelligi sane debet, dummodo ille masculus a parente non sit exhæredatus, *tradit Brunus, lib. de statuto exclu. fœmi. articul. 12. quæstion. 6. numero 103. cum sequent.* & habemus in terminis celebrem doctrinam Bartol. *in l. vt iurisiurandi §. si liberi, col. fin. ff. de operis liber.* resoluentis, quod licet verum sit, emphyteusim concessam, *mihi filiis & nepotibus meis,* illos capere posse, licet non sint hæredes mei, nihilominus tamen exhæredati, ad eam emphyteusim non admittentur, quod secure Ang. etiam voluit, *in l. Si tibi. 10. §. si pactus, numero 2. ff. de pactis, Alexand. in l. quod dicitur, numero 19. ff. de verbo. obliga. versicul. tamen opinio,* quorum sententiam notabilẽ adstruit ad id Iureconsulti responsum, *in l. Si patronus testamento, ff. de bonis liber.* vbi licet manumittens seruum sibi, & liberis suis acquirat ius patronatus, licet illi hæredes non sint, nihilominus tamen exhæredati filii, eo iure patronatus carent. probat Afflict. *in cap. 1. ante numer. 127. de success. feudi,* idem resoluens obseruandum in feudis. Concordat Valascus, *de iure emphyteut. quæstion. 45. col. 1.* vbi Cumanus Ange. & Rubeum, eandem sententiam tenentes refert: quorum etiam Costa meminit *in d. loco. pagin. 156. in prin.* vbi, & *pagin. seq.* receptiorem probat esse, quamuis contradixerint Salicet. *in l. 2. C. de iure emphyt. num. 28. & ibi Iaso. nu. 188.* quorum sententia, & si verior videatur Costæ, *in d. lib. de Regni success. pagin. 160 cum seq.* atque etiam Valasco, *in d. quæstion. 45.* in proposito tamen legis Regiæ, de qua agimus *in d. titul. 62. §. 3.* necessario, & absque vlla hæsitatione Bartol. adhærendum est. Quod vti verissimum probo, & ex eorundem verbis deduco.

52 Ceterum † Ema. a Costa animaduertens Bartol. *in d. § si liberi,* loquutum fuisse in emphyteusi concessa, *mihi, & filiis meis,* quibus ex ipsa concessione dominica, tale ius est quæsitum, quod vni talem emphyteusim prælegare pater non valet, secundum communem nostrorum resolutionem a Iaso. relatam, *in l. 2. C. de iure emphyteut. numer. 210. Couarru. lib. 2. resolu. cap. 18. Soci. iun. cons. 73. nu. 4. lib. 1.* non dubitauit Bartol. obuiam ire, & sequacibus, quatenus in hac specie, exhæredato filio emphyteusim negandam intelligunt, nihil prorsus commune cum hæreditate habentem, eamque filium a domino concedente, non a patre habere censentes, *ex notatis in l. vnum ex familia, §. 1. ff de leg. 2.* Quo etiam fuit argumento motus Valascus, *dict. quæstio 45. col. 2. versicul. verum hæc comparatio* Quod quidem argumentum, & si concedamus, Bartol. obesse, quia loquitur in emphyteusi, *pro liberis,* cõcessa, minime nobiscũ pugnat. Tractamus enim casum, in quo emphyteusis fuit concessa, *pro eo, quem pater nominabit,* in qua specie extraneum potest nominare, nedum vnum de liberis, & consequenter prælegare. Ergo sine difficultate Costa, & Valascus, id quod diximus, concedunt Bartol. sententiam, & communem, modo quo supra fundatam, sine scrupulo applicatam casui, *d. §. 3. titul. 62. lib. 4.* exhæredato filio emphyteusim negare. Quod adnotandum est, ad declarationem, l. Regiæ, *lib. 4. tit. 63. §. 5.* negantis ad emphyteusim concessam in fauorem filii, vel filiæ nominandæ, eligi nepotem posse, quamdiu extant filii, vt non procedat, si filii exhæredentur, vt nominatim Costa admonuit *d. lib. de success. Regni. pag. 154.* quam ego declarationem probo, *vt in d. §. 5. adnotabimus. q. 11. num. 67.*

53 Ex † quibus animaduerto, Regiã Ordinationẽ,

38 Ex quibus facile comprobatur, huius legis nostræ Regiæ decisio, quatenus pluribus liberis succedentibus ab intestato, emphyteusim primogenito cōcedit omnibus eandem negans, ac domino directo eligēdi potestatem: ex ratione a nobis supra allata, quia emphyteusis est, quid indiuiduum, maxime cum est concessa, pro vno nominando, quo casu tam rei natura, quæ indiuidua est (vt iam supra probauimus, ex auctoritate scribentiū *in l fin. C. de iure emphyt. & in c. potuit, de locato*, negantium, proinde in plures eam posse diuidi, quod & lex Reg. in fortioribus terminis probat *lib. 4. titu. 77. §. pen. & supra hoc tit. 62. §. 1.*) quam concessionis, ad quam, vnicam tantum personam dominus voluit, posse nominari, non plures refragatur, *vt diximus. q. 10. nu. 21. cum seq.* Quamobrem l. Regia *in hoc §. 3.* ne emphyteusis extinguatur: quia nullus reperitur nominatus, ex coniectura tacita parentis voluntate, qui primogenitum tanquam proximiorem ordine saltem genituræ, magisq; dilectum fuisset electurus, emphyteusim illi concedit, intelligens, etiā eam fuisse concedentis intentionem, vt nullo nominato, emphyteusis seniori ex filiis traderetur, ex his quæ scripserunt Panor. & alii quorum paulo ante meminimus, secundum quem sensum legi Regiæ, *in hoc §. 3.* minime obstant, quæ aduersus primogenitorum successionem passim nostri interpretes tradidere, vt est videre per Tiraq. *lib. de primogen. q. 4.* & per Dd. *in l. Maximum vitium. C. de lib. præter.* Non enim illa procedūt in emphyteusi, & similibus, quæ ex dominica concessione, ad omnes liberos peruenire nō possunt, quo casu lex, illam primogenito conferens, ceteris iniuriam, non facit, qui cum capere emphyteusim non possunt, eos necessario exclusurus erat dominus directus, quia nullus nominatus.

39 Quo † fit, vt minime sit audiendus Ioan. Andr. proxime citatus resoluens emphyteusim, quam pater vni voluit dari, & nescimus cui, ad omnes filios pertinere, nisi illum intelligas in concessione facta pro liberis, quo casu dominica concessio non refragatur omnes petere posse. In qua quidē specie lex Regia, *d. §. 3.* admitti non potest, ex auctoritate etiam Guidonis Papæ, *q. 503.* resoluentis, concessionem mihi factam, pro primogenito, aut quouis alio filio meo, cui dare maluero, omnibus filiis meis adiudicandam, si nulli dedero, *argumento l. cum quidam. ff. de legat. 2. & l. vnum ex familia. §. rogo. eod. titul. sequitur Tiraquell. lib. de primogen. quæst. 65.* cuius quidem doctrina procedit, in concessione rei suapte natura diuiduæ, & quam nulla iuris ratio, omnes liberos posse capere, impedimento est, quemadmodum contingit, in casu *d. l. cum quidam. ff. de legat. 2. & in d. l. vnum ex familia, eod. titu.* vbi licet vni tantum de familia, res veniat restituenda, nullo tamen nominato plures admittuntur, quia res illa diuidua erat, & ad omnes de familia transmissibilis: siquidem nihil prorsus impedit omnes illam capere posse. Quæ est ratio, propter quam nullo nominato in illis. ll. responderur, omnes petere, eam rem posse: & in *§. sed si duos d. l. vnum ex familia.* iurisconsultus docet, plures nominari recte posse, ex ea scilicet ratione, quia res est diuidua, nec defunctus cum misterio grauauit, vni relinquere, vt scilicet, pluribus, non liceret grauato dare, sed magis, vt significaret, satisfacere vni dando, dummodo sit de familia, *Paul. in d. § si duos, in princ. Soarez. in l. quoniam in prioribus, quæst. 5. num. 1. Segura in d. l. vnum ex familia. § sed si fundum. num. 157. & Peralta, num. 5.* licet aliter loquatur Socinus *in l. vtrum. §. cum quidam. ff. de rebus dubiis, num. 10.* Vnde quoties res est indiuidua, qualis est emphyteusis, de qua agimus, sine dubio illa iura non procedunt, quia negligentia grauati, rei naturam immutare non valet, & consequenter efficere, quod quæ vni dumtaxat concedi debet, pluribus tradatur, vt notabilitor *d. num. 5.* voluit Peralta & latius *ibidem num. 19. ad medi.* inferens ad Maioriam, ad quam eligere plures non licet, & propterea nullo nominato solus primogenitus succedit, *vt post Gregor. Lopez. resoluit Molina lib. 2. de primogen. cap. 4. numer. 41. cum sequen. Menesius in l. cum quidam, num. 24. ff. de legat. 2. iuuat Rebuff. de feudis, post numer. 26.* idem resoluens, in feudis dignitatum, quæ, quia sunt indiuidua, ad solum primogenitū pertinent, & in seruitute, quæ nequit ad plures transferri, loquuntur Angel. & Paulus, de quibus Galeaula *in l. stipulationes non diuiduntur, num. 36. ff. de verborum obligation. & in l. 4. §. Cato num. 120. eod. titu.* Pulchre igitur lex Regia *in d. titu. 62. §. 3.* ab intestato pluribus succedentibus filiis, emphyteusim soli primogenito concedit. Quod sane adnotandum est.

Caue † tamen, quia secundum hunc sensum, 40
deterioris conditionis sunt liberi ab intestato succedentes, quam extranei ex testamento vocati. Hi enim, cum ab emphyteuta hæredes sunt instituti, pariter nominati omnes esse cēsentur, & emphyteusi fruuntur, vt lex Regia probat, *supra hoc titulo. 62. §. 1.* Quorum argumento idem, & multo magis, in filiis obseruandum fore videbatur, inter quos nihil magis, quam ęqualitas commendatur, *vt habetur in l. vt liberis, C. de collatio.* Sed responde, quod in extraneis cessat, amoris, gradus, & ætatis prærogatiua, quæ in filiis considerata, a l. Regia *d. §. 3.* versatur, ideo nimirum si in hac re, ab extraneis distinguantur. Animaduerto tamen, quod hæc ratio omnino extraneis tantum conuenit, in quibus illæ prærogatiuæ minime concurrunt, verum in collateralibus id non obtinet. Inter hos enim considerari similis prærogatiua potest ætatis nempe, cum plures eiusdem gradus, fratres instituuntur, quorum alter senior est, aut vtrinq; coniunctus, rursus, & gradus prętogatiua, si simul fratres, & fratrū filii instituantur. Qua ratione, quod *in d. §. 3.* in filiis disponitur, sane erat etiā in collateralibus disponendum. Porro & quod *in d. §. 1.* sancitum est, emphyteusim ad omnes institutos collaterales pertinere, erat respondendum in liberis, siquidem in vtrisq; eædem prorsus concurrunt prærogatiuæ.

Nec quod diximus, primogenitum magis dilectum esse, omnino satisfacit, quamuis concedamus, eam considerationem amoris, & affectionis filiis magis, quam collateralibus conuenire, inter quos plerumq; magis diligitur soror, quam frater, iunior, quam senior: quoniam & in filiis, id quandoque cōtingit, chariorem esse iuniorem parentibus, quā primogenitum. Quocirca id vnum intelligo verum, quod hæc consideratio affectionis paternę in primogenitum prodita, quia perpetua non est, impulsiua magis quam finalis est.

41 Ex † quo aliquando resoluimus, primogenito in casu *d.* §. *3.* minime nocere, quod iunior filius probet a parente se multo magis, & impensius dilectum fuisse. Erit n. nihilominus primogenito concedenda emphyteusis, quod vtique adnotandum est. Videntur itaq; supra scripta probabiliter concludere, dispositionem l. Regiæ *d.* §. *3. titu. 62. lib. 4.* ampliandam fore, vt procedat etiam in collateralibus, qui ab intestato succedentes, emphyteusim consequentur, non omnes, sed ille tantum, qui senior, vtrinq; coniunctus gradu proximior, aut masculus fuerit, *iuxta d.* §. *3. dispositionem*, licet ex testamento vocati omnes, emphyteusim consequantur, *vt in d.* §. *1. titu. 62. probatur, & iam ibi adnotauimus.* Quod ea ratione tantũ defendi posse videtur, ne filii sint deterioris conditionis, quam collaterales, quæ tamen ratio concludens non est, & consequenter nec traditio: nam si vera fuisset, vtiq; etiam ex testamento vocati collaterales obseruata eadem prærogatiua, non omnes obtinerent, quemadmodum, neque filii obtinent, sed magis primogenitus obseruata forma huius §. 3. quæ ad successionem testati extenditur, *per* §. 2. *eiusdem titu. 62.* Quocirca legislatori constat inconueniens visum non fuisse, quod collaterales, & filii diuerso hac in re iure censeantur, adeo, vt secundum veram, & praxi receptam sententiam, resoluere teneamur ab intestato, solos ascendentes, & descendentes emphyteusim, de qua agimus, obtenturos, iuxta formam, & dispositionem *huius.* §. *3.* non collaterales, qui ab intestato succedentes, emphyteusim non consequuntur, quia per l. Regiam non habetur pro nominatis, & propterea emphyteusis tanquam extincta ad dominum reuertitur, *iuxta ea, quæ tradidimus in prin. huius.* §. *3.* Secundum quem sensum, melioris conditionis sunt filii, quam collaterales: siquidem illi emphyteusim petere possunt, obseruata prærogatiua, de qua *in d.* §. *3.* isti vero prorsus non capiunt. Ceterum, quod ad caussam testati attinet, ascendentes, & descendentes obseruata dicta prærogatiua, emphyteusim obtinent, collaterales vero minime: quia in illis, non tam viget ratio obseruandæ prærogatiuæ *d.* §. *3.* quam in filiis. Quapropter legislatori æquius visum fuit, omnibus emphyteusim concedere, quoniam & omnes hæredes sunt scripti. Et ita hæc difficultas componenda est.

42 Sed † hæc, quantum ego iudicare possum, sane sunt restringenda ad casum in quo loquitur lex Regia *d. titu. 62.* nempe, vbi emphyteusis foret cõcessa conditionaliter, *pro eo, qui nominabitur*, id est, *si nominabitur.* In qua specie, non sine difficultate defendi huius §. *3.* dispositio potest: siquidem concedit posse conditionem de nominando, ficte, & improprie adimpleri quæ in forma specifica, secundum iuris regulas adimpleri debet, *vt habetur in l. Mæuius, & in l. qui hæredi. ff. de condit. & demonstrat.* Quamobrem, incongruum legislatori visum fuit *d.* §. *3.* dispositionem (quæ in tacita, & ficta nominatione fundatur. *per notata in l. Conficiuntur. ff. de iure codicill.*) ad collaterales extendere, quibus non tam stricto iure, successio debetur, quam filiis, quibus ex voto nos omnia paramus. *l. scripto in fine. ff. vnde liber.*

43 Hac † igitur ratione cessante, vbi emphyteusis simpliciter, in tertiam generationem fuerit concessa, nempe vbi sic facta concessio reperitur, *damos, & emprazamos em vida de tres pessoas, a vos dito A. & a hum filho, & neto vosso, que de vos descenderem, &c.* vel sic. *pera vos, & duas pessoas depoos vos, per ordem de direito.* vel etiam sic. *vos damos, & emprazamos em vida de tres pessoas, das quaes vos sereis a primeira, & podereis nomear a segunda, & esta segunda podera nomear a terceira.* vel sic, *pera vos, & vossa molher, & hũa outra pessoa depoos vos.* Quibus casibus, & si qui alii sunt similes, in quibus sub modo magis, quam conditione, nominandi facultas concessa est, vtique non minus collateralibus, quam filiis ab intestato succedentibus, & tacite vocatis per *d. l. conficiuntur. ff. de iure codicill.* concedenda emphyteusis est, per *l. 4. C. de contrah. stipulat. cum aliis, quæ numer. 11. tradit Pinellus in l. 2. C. de bonis mat.* Quod etiam bene adnotandum est, in praxi, quoniam ad id pauci aduertunt, non attendentes, ad casum, in quo d. l. Regia loquitur, & ad quem ex ratione supra adducta restringi necessario debet.

Ampliari † insuper l. Regia, *d.* §. *3.* potest, & debet in emphyteusi noua, nedũ antiqua, quod nominatim ex verbis *d.* §. *3.* coniuncto principio deducitur, quatenus ibi ponitur casus, in quo quis primam obtinet personam, & potestatem habet nominãdi, secundam, ibi, *tendo algũ homẽ algũa possissão de foro, pera si, & certas pessoas depos elle, conuẽ a saber, hũa que elle nomear, & aquella que por elle for nomeada, possa nomear a outra, &c.* & paulo infra, ibi, *se esse que assi tomar a dita possissam de foro.* Ecce qualiter loquitur in eo, qui fuit acquisitionis auctor, & nihilominus in §. 3. respondet, ab intestato primogenitum, ceteros liberos præcedere, nulla facta distinctione, fuerit ne natus ante, vel post emphyteusis acquisitionem. In qua re notabilis lex Regia est, siquidem excludit eorum sententiam, qui intelligunt, natum post acquisitam emphyteusim, & si secundo, vel tertio genitus sit, ceteros etiam seniores præcedere, in assequutione emphyteusis, de qua agimus, vt in feudo nominatim resoluit Pyrrhus, *in consuet. Aurel. tit. de feudis.* §. *25. col. 2.* 44

Nec † abs re, si attendis ad verba, glo. *1. in l. Imperialis. C. de nupt.* §. *illud bis*, deducentis ex verbis illius tex. non esse filium Regis, militis, aut clerici, qui natus est ante adeptam dignitatem, & consequenter quoad ea, quæ ipsam dignitatem respiciunt, ac intuentur, præualere natos post illam assequutam, licet iuniores sint, *sequuntur glo. Bar. & Bald. ibi, & in l. 2.* §. *fin. ff. de decurio. & in l. Senator, de digni. lib. 12. per tex.* ibi, & fuit sententia glo. *d. l. 2.* §. *in filiis. & in l. Senatores. 1. ff. de Senator. tradit Marti. Laudensis lib. de primogen. fol. 3.* probant plures, quorum meminit Guliel. *in c. Raynutius, verbo, in eodem testamento. in 1. num. 200. de testam. & post Bald. Cremen. sing. 50.* & post Decium firmans communem. *Ripa in c. inter ceteras, de rescriptis, num. 14. Felin. in c. prudentiam, nu. 8. de offic. deleg. Cotta in suis memo. verbo, primogenitus, versi. sed quid si Rex, Hispanus Perez in l. Ordina. col. 1351. cum sequen. & lato sermone Tiraqu. lib. de primog. quæst. 31.* vbi *num. 8.* huius partis auctores quamplurimos refert. Ex quorum auctoritate, videbatur resoluendum in casu nostro, concurrentibus primogenito, nato, antequam parens obtinuisset emphyteusim, & secundogenito cõcepto post adeptam emphy- 45

emphyteusim, hunc sane præferendum esse, quia antea natus ab emphyteuta cõceptus dici non valet, quemadmodum nec filius Regis, Ducis, aut militis ille, qui ante adeptam dignitatem natus est. Quemadmodum itaq; in Regni, Ducatus, aut similis dignitatis successione, ille prævalet, qui post illam assequutam est natus: ita & in emphyteutica successione, pro illo filio respondendum videtur, qui post acquisitam a parente emphyteusim conceptus est: Quod sane generalitas l. Regiæ d. §. 3. admittere non videtur. Ideoque ne is articulus, qui a Dd. nostris indifficilis reputatur, illotis (vt aiunt) manibus pertractatus videatur, aliquantulum in eius explicatione, merito immorãdum erit, ad plurima namq; eius inuestigatio, cognitio, & vera decisio conducit.

46 Interpretes † nostri hanc, vt celebrem reddant quæstionem, referunt olim ex Persarum instituto, non licuisse Regem proficisci in belli expeditionem, nisi prius certum sibi futurum successorem declarasset. Contigit Darium, aduersus Græcos, Ægyptiosque expeditionem parasse. Is ex vxore prima Gobris filia, tres habebat filios, ante Regnum adeptum natos: Quorum primogenitus Artabaxanes dicebatur: ex secunda vero vxore post Regnum partum, quatuor habebat natos, quorum primus Xerxes erat. Cum declarandus a Dario successor foret, inter hos fratres Artabaxanem, & Xerxem maxima exorta controuersia de principatu est. Artabaxanes se omnium maiorem, & primogenitum esse dicebat, & consequenter præferendum. Xerxes ex Demarati Aristonis consilio, ad se Regni principatum pertinere asserebat, quod natus fuerat a Dario patre, iam Rege, & Regnum obtinente, fratrem vero primogenitum, & si ab eodem fuisset natus, eo tamẽ tempore, quo adhuc pater priuatus homo erat, non Rex, nequaquam Regis filium appellari posse. Qua motus ratione Darius Xerxem successorem, & principem declarauit. Alii aliter exponunt, firmantes hanc controuersiam post mortem Darii exortam fuisse, fratresque supra scriptos, in Anafernem patruum magnum compromisisse, qui attenta magis nascendi felicitate, quam ordine naturæ, in fauorem Xerxis pronunciauit: ex supra scripta ratione, vt videre est per Lucam de Penna, *in l. Si senator, de digni. lib. 12. Perusi. de successio. ab intestato. Cyrier lib. 1. de primogen. q. 12. Tiraq. eod. lib. q. 31. nu. 10. & 11. Anton. Gomez l. 40. Tauri nu. 67.*

47 Nostris † quoque temporibus, hæc eadem disceptatio, super successione contigit, *vt tradit Ioannes Aurpachius, lib. 2. episto. epistola. 2.* vbi firmant hanc eandem hæsitationem, nuper tractatam fuisse inter Alphonsum, & Aloysium illustrissimi Herculis Ducis Ferrariensis filios, quorum primus, nempe Alphonsus, auo adhuc viuente fuit natus, & sic eo tempore quo pater adhuc non erat Dux: secundus vero Aloysius patre iam tunc Ducatum obtinente, qua ratione is se prævalere dicebat, res est in facto frequens, & notabilis quæstio, in vtramq; partem disputabilis.

48 Qui † secundogeniti partes tuentur, mouentur in primis per *l. penultim. C. de decurio. lib. 10.* vbi Imperator statuit, decurionum priuilegia, & immunitates, illis tantum filiis communicanda fore, qui post adeptam administrationem fuerunt procreati, ibi, *Tam ipsi, quam liberi eorum post huiusmodi administrationem adeptam procreati, vna cum propriis substantiis potiantur.* & rursus in *l. fin. eodem titul.* ibi, *Is gaudeat se huiusmodi conditionis esse exortem; & liberum cum suis facultatibus, suaque posteritate; quam postquam meruerit dignitatem, vel actum gesserit, ediderit: anterioribus filiis in conditione pristina remansuris.* Et rursus, ibi, *Sed progeniti filij, antequam ad fisci patronatum peruenerint, in conditione pristina remaneant.* Ex quibus appatet iustam fuisse in fauorem Xerxis sententiam, per quam successor fuit pronunciatus Regni, eo quia iam a Rege facto fuerat genitus. Quo atgumento idem videtur pronunciandum in emphyteusi, vt illi sit adiudicanda, quia parente emphyteuta iam facto, fuit genitus. In pristina enim conditione, ante emphyteusim adeptam, filii manere debent, secundum quam, quia pater emphyteusim non habebat, eadem illi carere debent, quod significare quidem Iurisconsultus videtur. *in l. Titius 26. ff. de milit. testam.* quatenus testamentum pagani esse censet, factum eo tempore, quo quis miles non erat, & si postea ad militarem dignitatem ascendat: Sic etiam filius eius, qui adhuc Rex non est, aut emphyteuta, Regis filius dici non potest, aut emphyteutæ, quare in ea conditione permanens, nec Regnum, nec emphyteusim petere iure potest, quia si tempore natiuitatis suæ succederet, vtique nec Regnum, nec emphyteusim obtineret: quam adhuc pater non habebat: Aliter ex euentu futuro filius augebitur, & confirmabitur, qui tempore inhabili natus est, extante medio corrupto propter existentiam secundogeniti, cui adiudicanda successio est. Quod iuris regulis minime consentaneum est, secundum quas inutilis a principio actio, ex euentu futuro non confirmatur, *iuxta ea, quæ traduntur in l. cetera. §. 1. ff. de legat. 1. & in §. prætor. instutut. quibus non est permi. facere testam. habetur in l. inter. §. sacram. ff. de verbor. obligation.* quibus etiam consonat, quod Imperator ait, *in §. 1. institut. de exhæred. lib.* inutile a principio testamentum, propter filii præteritionem illius morte non confirmari, *& in l. sicut. C. de falsis habetur,* rei veritatem a futuro euentu non pendere. Id insuper filiis peculiare est, conceptionis tempus considerandum esse, *gloss. iuncto text. in l. emancipatum. §. fin. de senator. habetur in l. Ex libera. C. de suis & legitim. hæredi.* Quapropter, *vt post Bart. Aurpachus obseruauit, lib. 2. epistola. 2. col. 3. in princip.* quoties delicti pœna nobilibus aggrauatur, ex legis dispositione, & an quis ex parte nobili, vel plebeo sit procreatus dubitatur: attendi debet tempus natiuitatis, non delicti commissi. Quod quidem vtilissimum est ad plurium legum regiarum declarationem, quibus leuiori pœna plebei, quam nobiles coercentur, nec minus ad l. Reg. *lib. 4. titul. 71.* vbi quoad patris successionem concedendam, vel negandam similiter conceptionis tempus attenditur, an tunc parens fuerit nobilis, an plebeus. *tradit Perez in ll. Ordina. col. 1351. cum sequent.* Sic e conuerso latere parentum in fœlix fortuna, non solet iam natis filiis nocere, sed nascituris tantũ, *vt per Bal. in l. 2. C. de lib. & eorum lib. Calderi. consi. 3. Domi. in c. 2. §. hæretici, in fine, ff. de hæred. in 6. Anna. in c. vergentis, ad finem, eod. tit. Tiraqu. de primogen. quæst. 31. num. 4.* Quocirca nec fœlix superueniens illis prodesse debet,

OO 2

vt contrariorum eadem sit prorsus iuris dispositio, & ratio.

49 Quibus † tamen non obstantibus oppositum l. Regia, *in d. §. 3.* probat, quatenus simpliciter, & sine aliqua distinctione, emphyteusim primogenito concedit, idque in Regni successione aduersus Xerxem, & in eius fauorem latam sententiam, obseruandam esse; quamplurimi ex nostris auctoribus tenuere, de quorum numero est Guido, de Suza. *d. l. Senatoris filium. ff. de Senato. Salic. Alexand. Nicolaus Miles. Cyrier. Molinaeus quorum meminit Tiraq. lib. de primogen. quaest. 31. num.* 19. Quam etiam opinionem ex nouioribus sequitur. Gomez. *in l. 40. Tauri. num. 67.* vbi se ad dicta refert in epitome delictorum. *cap. 2. col. penultim. ad finem. & Aurpachus lib. 2. epistola. 2.* quorum & ego sententiam magis probo, cum Molina, *lib. 3. de primogen. cap. 1. num. 3.* vbi etiam Gregor. Lopez citat hanc tenuisse sententiam, & merito quidem, quia cum successio primogenito deferatur ad rem non facit, natus ille fuerit ante, vel post adeptum Regnum, *vt in l. Senatoris filium. ff. de Senato.* probatur & *in l. Neminem. C. de curionibus, lib. 10.* Quandocunque enim ille nascatur, eiusdem patris ille est filius, & consequenter eiusdem conditionis, & praerogatiuae. *l. Senator. C. de digni.* quia natura accusari non debet. *l. Maximum vitium, C. de lib. praeter.* Praeterea licet a principio is succedere non potuerit, quia adhuc pater Rex, aut emphyteuta non erat, potuit tamen, cum primum pater dignitatem ipsam fuit assequutus. Interim enim, dum pater dignitatem, aut emphyteusim non habet, suspensa quodammodo videtur primogeniturae praerogatiua, & effectus, quam in habitu filius habet, ad actum producendam, simulac parens dignitatem assequatur, emphyteusim, remue aliam ad primogenitum tantum pertinentem, *argumento notatorum in l. Etsi. C. de nupt. & l. si quis. ff. de ritu nupt. l. 1. C. de contr. iudic.* vbi interdicta nobis propter officium, vel alia de caussa, illo deposito, & caussa impediente cessante, & ipsa illico interdictio cessat. Quocirca cum in casu nostro adsit habilitas in filio impedita, ad actum deduci, quia dignitatem pater non habet, aut emphyteusim necessario audiendus ille est, impedimento cessante, per quod habitus deducitur ad actum. Sic etiam in simili dicimus pupillum factum maiorem, testimonium ferre posse, de his, quae in pupillari vidit aetate, *glo. l. 3. §. lege Iulia. ff. de testibus.* & propterea passim scriptum reperies a principio impedita, temporis tractu conualescere.

50 Vlterius † in fauorem primogeniti, induci potest, quod de filio naturali alibi resoluitur, per subsequens matrimonium legitimatum, ceteros, post matrimonium a parentibus contractum, excludere, *vt habetur in l. Imperialis. §. sed & si liberos. C. de nupt. l. 4. C. de interdict. matrimon. cum pluribus per Duenn. regul. 350. verbo, filius naturalis.* Multo ergo magis, submouere debet, fratres posteriores, primogenitus, de quo agimus, a principio semper legitimus, & ad submouendos iuniores habilis. Quae quidem potentia contemnenda non est, siquidem illa efficit, vt mortuo patre, filius non tam dicatur acquirere, quam iam quaesitum capere, *gloss. sing. in cap. 1. ad finem, de feud. cogni. vbi commendat. Bald. qui etiam in l. Cum antiquioribus, col. 10. C. de iure deliber.* eadem ratione, viuente patre, filium de feudo quasi inuestitum, & possessorem censet, quasi nihil aliud, quam administrationem desiderantem, quam post mortem patris consequitur, *l. 1. §. largius. ff. de successo. edicto. habetur in l. in suis. ff. de liber. & posthum. & in l. Cum haeredes. ff. de acquir. posse.* tradit Bald. *in c. ap. 1. an mutus,* continuationem filius potius, quam successionem concedens.

Quod maxime primogenitis accommodari potest, quorum successio praeter cetera a iure diuino procedit, *c. quam periculosum. 7. quaest. 1. habetur in c. licet, de voto,* qua ratione in vita patris dicitur primogenito ius quaesitum, adeo vt illo mortuo eius filius patruum excludat, *ex Panorm. in d. c. licet, de voto,* nec differentia constitui potest inter natos ante, & post adeptam dignitatem, *vt post gloss. l. 2. C. de aduocat. diuerso. iudi. adnotauit vtiliter Guido Papa. quaest. 389.* Vtrique enim sunt filii eiusdem patris, *l. Senatoris filium. ff. de Senato.* vbi habetur Senatoris filium dici non minus natum ante, quam post adeptam dignitatem, & propterea decurionis filius dicitur, ante decurionatum patris natus, *l. 2. §. in filiis, vbi gloss. & Dd. ff. de decuri.* Denique si quis sit depositus ad tempus a Ducatu obtento si interea filium edat, benigna interpretatione is sic editus filius est Ducis, *d. §. in filiis, versi. si ad tempus.* Vnde viuo patre filius, per supra scripta suspensus esse videtur ad vitam patris. Ergo ab eo natus filius Ducis dici potest. Quocirca haec sententia multo probabilior esse videtur, & omnino sequenda, si maxime Cirier credimus, *lib. 1. de iure primogen. quaest. 12.* firmanti hanc, praxim, vsum, & consuetudinem obseruare. cui accedit Gomez *in d. l. 40. Tauri, ante num. 68.* addens successionem Regni, aut Ducatus a iure sanguinis inseparabiliter pendere, non a dignitate: qua ratione, quia in primogenito prius, & ante omnes alios sanguinis ius, & ratio suum produxit effectum, non est attendenda accidentalis dignitatis ratio, & caussa.

Hanc partem, qui defendunt, respondent *l. pen. & fin. C. decurio. lib. 10.* solum procedere, in priuilegiis personalibus, quae cum parente extinguuntur, & sic quae successionis caussam annexam non habent, de qua agimus, vt est videre, per Tiraqu. *de primogen. q. 31. num. pen. & Gomez. in d. l. 40. Tauri. ante num. 68.*

Ego † aliquando, aliter hanc solui posse difficultatem intelligebam, scil. ideo in d. iuribus priuilegia negari filiis natis, ante adeptam dignitatẽ, quia illa priuilegia erant odiosa, & Reipublicae noxia, & perniciosa, quare iusta ratione illa restringere oportuit, ad filios, post dignitatem partam, conceptos, ne tota Reipublicae seruitio, & muneribus publicis eximerentur liberi. Quae ratio cessat imo opposita obtinet, cũ agitur de Regni successione, administratione, quam expedit seniori committere, & mandare, quia grauius figit pedem, prudentia, & consilio abundat, vt eleganter adnotauit Aurpachus *in d. lib. 2. epistola. 2. col. pen.* licet inuoluat Corsetus, *lib. de potestate Regia, a num. 39. Pyrrus in consuetu. titu. de feudis. §. 25. col. 2. fol. 100.* qui hanc opin. tandem probant in Regno auito, seu a maioribus procedente, de quo Tiraq *in d. quaest. 31. num. 24. lib. de primogen.* tradit per multa Cyrier, *lib. 1. q. 12.* Eorum tamen hesitationem negligit 51

Carolus

Carolus *in consuet. Paris.* §. 8. *gloss. 1. num. 55.* ea finali consideratione, quia primogenitum eius est naturæ, & conditionis, vt statim viuo patre filio seniori quæsitum dicatur, vt nos alibi obseruauimus, & plane probat Aurpachus *in d. epistola 2. lib. 2.* Qua ratione eo ipso, quod pater, adeptus est Regnum, vel emphyteusim, quæsitum fuit ius primogenituræ filio maiori, cui postea natus alter filius nocere non valet, ex regula *l. id quod nostrum. ff. de regu. iuris.*

52 Similis† huic sese offert quæstio celebris. Quidam ex concubina filium suscepit, deinde vxorem duxit, & ex ea legitimus natus est filius, mortua postea vxore, concubinam vxorem duxit: & sic naturalem ex ea susceptum filium legitimauit, ex regula *c. tanta qui filii sint legitimi.* Propter quod is sic legitimatus, ius primogenituræ prætendens, emphyteusim petit. Vtilis est hæc quæstio, & in praxi frequens, ad cuius quidem explicationem inprimis inquirendum est, *an sic natus ex concubina, postea in vxorem ducta, legitimetur?* Quæ non facilis hæsitatio est in specie, quam tractamus, quando intermedium repetitur matrimonium, & ex eo susceptus filius. Scimus enim ideo, per subsequens matrimonium, legitimari filios, quia vis & potestas matrimonii contracti retrotrahitur, ad tempus conceptionis filiorum, vt *habetur in d. c. tanta, qui filii sint legitimi*, vbi hoc ita probant. Imola, Panor. & DD. communiter, *teste Gome. in l. 9. Tauri. nu. 60.* Quocirca, vt illa fictio, & retrocessio procedere possit, exigitur, quod extrema sint habilia, & medium incorruptum. *l. penult. ff. rem ratam haberi, l. quoties, versic. & ideo. ff. de nouatio.* Vbi enim medium est corruptum, impedit extrema coniungi posse, *vt in d. iuribus habetur, & tradit Decius consf. 247. col. antep. in fine, cum seq. & in regula semper, qui non prohibet, n. 12. ff. de regu. iur. Alexan. & eius additio, lib. 2. consil. 125. num. 6. Iason. in l. Si is, qui pro emptore, num. 140. & ibi Crotus, num. 54. ff. de vsucapion. Mencha. lib. q. q. foren. c. 40. num. 13. cum seq. & lib. de successio. reso. §. 18. num. 91. Gome. in d. l. 9. Tauri. num. 60.* Atqui in casu, quem tractamus, est medium corruptum, propter matrimonium contingens, a coniuge celebratum, ac proinde coniungi extrema minime possunt, si illo durante, concubinarii se vellent matrimonialiter coniungere. Ergo sine difficultate resoluendum est, cessare dispositionem in *d. c. tanta, qui filii sint legitimi*, & consequenter ex concubina natum filium, illegitimum manere, & ex vxore nato filio, impedimento non esse. *vt in specie adnotauit Platea a Couarru. relatus, de sponsa. 2. par. c. 8. num. 2. ante n. 16. fol. 155. & Ludo. a Sardis, quem citat Gome. in d. l. Tauri. 9. num. 60. ante versi. sed his, atque etiam Duennas, 350. ampli. 10.*

53 Ego † tamen in hac quæstione, oppositum semper verius esse iudicaui cum Ioann. Andr. *in regula, sine culpa, de regu. iur.* quam plures alios referes, sequitur Couarru. *in 4. c. 8. §. 15. num. 15 par. 2. fol. 154. probat etiam Gome. in l. Tauri. 9. nu. 60. versic. sed his non obstantibus*, plures etiam refert, & sequitur Duennas, hanc firmans communem, *regula. 350. ampli. 10. Tiraq. de primogeni. q. 34. num. 3.* concordat etiam Carolus, *in consu. §. 8. glo. 1. num. 54.* Et est huius sententiæ, finalis in promptu ratio, quia vt filii sint legitimi, consideratur tempus conceptionis, atque contracti matrimonii, an tunc potuerint parentes, secundum canonicas sanctiones matrimonialiter copulari, nulla omnino habita consideratione temporis medii, *vt in d. c. tanta, omnes probant*, & est bonus text. *in auth. quibus modis naturales effi. legiti. §. si vero solummodo, in fi. colla. 6. ibi, aut priuati sunt natis*, vbi habetur, quod huiusmodi filii naturales, per subsequens matrimonium legitimantur, etiamsi ante matrimonium, cum matre celebrato, alii nascantur filii legitimi, quemadmodum adnotauit, commendans Ang. *in §. si quis vero non habens, & in l. nuper, in fin. C. de natu. libe.* quod idem probat imperator *in l. diui Constantini. C. de natu. lib. cum aliis citatis à Gome. in l. 9. Tauri. num. 60. versic. secundo, pro hac sententia.*

Qua † retenta sententia, defendi facile potest, 54 quod nonnulli ex nostris resoluunt, filium legitimatum per subsequens matrimoniū, concurrentem cum nato ex matrimonio intermedio, illum tanquam primogenitū esse preferendum, quæ resolutio ex supra scriptis optime infertur. Eo enim ipso, quod diximus, secūdum communem, intermedium matrimonium non impedire legitimationem filiorum, ex precedenti concubinatu editorum, ex fictione iuris inducentis matrimonium fuisse contractum, cum concubina tempore conceptionis, necessario concedimus, ex concubina natū filium, primogenitum esse, non minus quam si vere matrimonium a principio fuisset celebratum, quia taciti, & expressi idem est iudicium, *l. cum quid. ff. si certum petat. habetur in l. lege Cornel. ff. de testam. vbi Aretin. nota. 1.* Aliter maximum sequeretur inconueniens, quod iste natus ex cōcubina quoad quid maneret legitimus, & quoad quid non, quod esse mōstrū in iure nostro reputatur, & impossibile, qua ratione Imperator *in authen. quibus modis naturales effi. sui. §. reliqui. colla. 7.* probat legitimatis eandem esse successionem concedendam, quæ & legitimis conceditur, *notatur in l. qui in prouincia. §. Diuus, in fin. ff. de ritu nupt.*

Quod † maxime procedit, & admitti debet in 55 hisce liberis per subsequens matrimonium legitimatis, qui vere legitimi, *vt in d. c. tanta, qui filij sint legitim. habetur, & tradit Duenuas, regula. 350. Iaso. in l. generaliter. §. cum autem. C. de instit. & substitut. n. 9. Ripa in l. si vnquam. C. de reuoc. dona. nu. 86.* & propterea legitimorum filiorum appellatione continentur. *Decius in cxum in cunctis, de electione, nu. 29. & cons. 155. col. penul. in fine. plures alios refert Duennas in d. regul. 350. ampli. 2.* vbi etiam amplia. 3. probat ex iuris fictione hos filios conceptos dici ex licito, non fornicario coitu: Quod ita prius voluit Socinus, *in l. Gallus. §. si eius. num. 4. ff. de lib. & posthum.* Ex quo etiam fonte procedit, quod alibi scriptum est, huiusmodi liberos non solum respectu parentum, sed etiam omnium consanguineorum, legitimos esse, *Panor. & alij, in cap. 1. & in c. tanta, qui filij sint legitimi*, & propterea ad ordines, beneficia, & honores possunt promoueri, absque vlla apostolica dispensatione, *vt adnotauit gloss. in d. c. tanta. Duennas in d. regula. 350. amplia 5. Couarru. de sponsa. fol. 159. nu. 30. & fol. 193. nu. 4. rursus & fol. 157. nu. 24.*

Deniq; † ad feudorum successionem, atq; em- 56 phyteusis, etiā ecclesiasticę admittuntur, secundū communem Dd. sententiam, *in d. l. generaliter. § cum autem. C. de institut. & substitut. vbi Ias. nu. 9. Alex. in l. ex facto. § si quis rogatus, num. 18. cum seq. & ibi Ripa, nu. 66.*

limi.2.& in l.si vnquam.nu.66.de reuoc.dona.Sylua conf.3.nu.24.& 27.Parisius lib.2. conf.13.nu.42. cum seq.Decius conf.155 num.4.Couarruu.de sponsa fol.157.num.23. Substitutum proinde excludit is filius legitimatus, *Decius conf.155.nu.7.& 284.nu.9.* firmans cõmunem, *& Duennas, regula.350.amplia.8.* tetrahit etiam, & reuocat donationem factam ex remedio *l.si vnquam. C. de reuoc. dona. Duennas in d. regula. amplia. 11. cum seq. Couarruu.de sponsa.fol.159.num.29.* Imo & inofficiosam dicit Duennas, *ibidem amplia.14.* & fœminã excludit, *ibidem amplia.15.* Quæ omnia hanc videntur comprobare sententiam, quam tenuit Guliel. antiquus glossator, Bart.& Felin. *in cap.prudentiam, nu.9. de offic. delegat.* quorum meminit Gomez *in l.Tauri.9.num.63.in fine, & Couarruu.de sponsa.2.par.cap.8.§. 2. num. 28. ante versi. nec me latet. fol.158.* quos etiam anctores, & plures alios refert Tiraqu. *de primogen q.34.nu.24.* vbi multis non contemnẽdis rationibus, & auctoritatibus hanc adstruit, & fouet sententiam, *vsq; ad nu.44.*

57 Quibus † tamen non obstantibus, in contrarium est crebrior Dd. sentẽtia, cum Ioanne Andr. *in c.sine culpa, de regul.iur.& in c.tanta, qui filij sint legiti.* quem sequuntur plurimi relati *a Gomez. in l.9. Tauri.post nu 65.& a Couarruu. de sponsa.2.par.c.8.§.2.num.28.fol.158.Carolo, in consu.Pari.§.8.glo.1.num.5.cum sequ. Duennas, regula.350.limit.fin.Tiraqu. de primogen. q.34.nu.4.Molina, eod.lib.3.c.1.num.7.Gabriel. conf.21.nu. 40.* ex quorum relatione, hanc esse communem sententiam constat, quam d.loco esse amplectẽdam, asserit Tiraqu. *num.44. idque ex Iaso. persuadetur, in l. quoties. C. de rei vindict.nu.40.* vbi eandem sententiã probat, *& in l.Pomponius.§. quæsitum, num.5.ff.de acqu. possess.& Bonus de Curt. lib. de nobili. 4. part. num.18.glo. in l.12.Tauri.verbo, sequente matrimonio.Boer q.159.nu. fin. Cotta, in suu memora.verbo, primogenitus, in fine. col. 424.Mencha.lib.3.qq.foren.cap.42. & lib.de successio.progressu.§ 2.num.89. Carolus, in consuetud. §.8.gloss.1.num. 35.Gutierrez, in §.sui.Institut. de hæredum quali. nu.192. Probus, in c.fin.de consu.in 6.num.7.gloss.pragma.sanctio. fol.7. vers. Socinus, in l.Gallus.§. & quid si tantum, nu.28. ff.de lib. & posthum. Guliel.in cap.Raynutius, verbo, in eodem testamento, in.1.num. 200.de testament. cum sequent. Brunel.lib.de sponsa.volum.9.fol.156.num.32.* vbi multis comprobat, & obiectis respondet, quod etiam fecit Gomez *in d.l.9.Tauri.num.64.cum sequ.* atque etiam Tiraqu. *in d.quæst.34.* semper videndus. Quod & nos alibi ita fore resoluendum probauimus, *lib. quæstio.forens.& contron.ciuil.* vbi potiora argumenta referre curauimus, non inutiliter. Videto ibi. Et secundum hoc resoluito, in specie proposita contra legitimatum, in fauorem legitimi iunioris filii respondendum esse, illique emphyteusim, de qua agimus, adiudicandam esse, excluso fratre seniore legitimato.

58 Sed † *an lex Regia, d.§.3.procedat in primogenito furioso.* aliquando vidi in praxi tractatum. Erin fauorem secundogeniti inducebatur tex. *in cap.1. an mutus, vel surdus.* vbi Aluaro.Bal. & alii, notant successionis feudalis furiosum incapacem esse: Quo argumento idem in emphyteusi respondendum fore dicebant, qui aduersus furiosum primogenitum tenebant. Inducentes præterea notabilem Bald. doctrinam *in cap.1.num.10. de successione feudi,* asserentis furorem naturalem, & perpetuum, protinus submouere primogenitũ a successione primogenituræ, & consequenter illam concedendam esse secundogenito, quem ibi sequuntur Alnaro.Præpos. Afflict.& alii. idem Alnaro. *c.1.§.mutus episcopum, vel Abbatem. Præpos.in d.c.1. an mutus, Feli. in c.prudentiam.num.3.versi.vbi vero de offi. delegat.Martin.Laudens.de primogen.q.40.& de Princip.q.371.Palat. in c.per vestras, de don.inter vir. & vxor.§.26.nu.7.Boer. q.204.num.34.Cifonta.q.17.in l.40.Tauri.& ibi Gomez. num.69.tradit Molina, lib.1.c.13.num. 27. & Socinus, lib. 3.conf.47.a num.1.Paris.lib.2.conf.fin.dubio.1.comprobans a num.10.* de qua re nos alibi latius *lib. quæstionum forens.fol.387.cum sequ.* quamobrem cum l.Regia, *d.§.3.* ad emphyteuticæ concessionis successionem primogenitum ceteris semotis admittat, necessario resoluendum videtur, submouendum esse furiosum, qui iura Maioriæ obtinere non potest.

Cuius ego oppositum verius semper credidi, & aliquando obtinui eo vnico, & finali fundamento, quia regulariter furiosus, quoad bonorũ successionem eiusdem est conditionis, vt alii sunt liberi. Habet namque suitatis iura, & priuilegia omnia, *secundum adnotata in l.1.& per totum.ff.de bono. possess.infan.dela.& §.sui. Institut. de hæredi.quæ ab intestato, l fin.§. tali. C. de Curato.furi.tradunt Socinus, lib.3. consi.47.& Paris.lib.2.consi.fin.* Qua ratione, vbi primogenitura hæreditario iure, primo nato defertur, quemadmodum contingit in Gallia, non minus illam consequitur furiosus, & mente captus, quam prudentissimus quisque alius ex liberis, *vt notabiliter tradit Molinæ.in consu. Paris.§.8.gloss.1.nu.25. cum sequ.* Quocirca in casu l Regiæ, *d.§.3.* quemadmodum furiosus, & mente captus hæreditatem ipsam patris consequitur: ita & emphyteusim in eo titulo hæreditatis contentam obtinere debet. Nec quod diximus de feudo obstat, in quo cessat concessionis ratio, quia seruitia impendere domino directo furiosus nequit, & propterea inhabilis ad feudum consequendum reputatur, secundum quod in iuribus supra citatis habetur, & a nostris anctoribus declaratur, quæ ratio in emphyteusi non cessat, quoniam pensionem statutam soluere recte furiosus potest, ideoque domino directo fatuitas in nihilo nocere potest. Id vero quod diximus, incapacem esse furiosum iuris primogenituræ, intelligi sane debet, quando illa versatur circa dignitates iurisdictionem habentes annexam, qua mente captum carere, Reipublicę maxime interest, *Bald.in authen.hoc amplius. num.10. C.de fideicommiss.* cuius ad id meminit Soarius, *in l. quoniam in prioribus. C.de inoffic.testam fol.86. col.1.versic.adde.Palat.in c.Per.vestras.§.75.num.8.Rosella, de successio. ab intestato, num.79. Cyrier. de primogen. lib.1.quæst.5.num. 4. Tiraquell. eod.lib.quæst.21.numer.11. Baeça, lib.de decimis tutorum, cap.19. in princ.optime Gregor. Lop.in l.2.tit.15.Part.2.in gloss.fin.col.1.fol.47.col.4.* Costa qui receptam hanc firmat sententiam, *lib.de Regni successio.pag.151.& Menchaca, lib.de successio.crea.§.6.nu.18. & §.21.num.148 Molina, lib.1. de primogen.c.13. nu.28.cum sequ.*

Et † est in promtu huius rei ratio, si consideres, 59
Regiam ipsam dignitatem, omnemque supra populum iurisdictionem, & imperium in Reipublicæ vtilitatem principaliter institutam fuisse, vt sic ab vno rectius, quam a pluribus regeretur, *vt adnotauit Mencha.lib.qq.illust.cap.1.num.2.& cap.42.in princ.& c.sequen.num.2.& 3.rursus, & cap.72.num.2. eod.*

eod. lib. & cap. 89. num. 60. Quibus in locis hanc vti veram, & indubitatam sententiam probat, eamque vltra nostros ex Platone, Cicerone, & Aristo. deducit, *in d. cap. 1. num. 10. & in proœmio illius lib. num. 119. & Lusitanus Iacobus a Saa, in sua disputat. Maior. nu. 92.* Non est ergo mirum, si excludatur ab huiusmodi imperio, & administratione furiosus, & quisq; alius imprudens, & ad regendum inhabilis, vt in simili aduersus Monachos volentes succedere, arguit Molina, *lib. 1. de Primogen. q. 13. n 89. versi. 5. & lib. 3. c. 2. num. 13.*

60 Ex † quibus vtiliter infertur, contrarium, necessario repondendum fore, quoties primogenitus paternæ successionis fuerit incapax, quoniam tunc simul cum hereditate emphyteusim amittit, & secundogenito locum facit, inhabilis enim, & successionis incapax aliis, impedimento non est, *l. si post mortem. §. Liberi. ff. de bonorum possess. contra tabu. Bald. in l. si quis prioris. §. talem. C. de secundis nuptiis.* vbi infert, ad pulchrum casum, & post eum addi. Bart. *in l. 1. §. qui habebat. ff. de bonorum possess. contra tabul. cum aliis,* quæ more solito congessit Tiraquell. *de primogen. quæst. 3. per totam maxime a num. 5. & lib. de morte. 2. par. declarat. 13. num. 3. Faciunt multa scripta a Burgense, lib. qq. ciui. quæst. 3. per totam.* vbi *a num. 15.* quod nec filii huius incapacis nocent secundogenito *& Pelaez. lib. 2. Maio. quæst. 9. per totam.* Habetur enim incapax pro mortuo, *vt tradit Fabia. in auth. nouissim. C. de inoffic. testam. num. 209. & 211. Burgen. lib. qq. ciui. quæst. 3. num. 7.* inferens proinde ad deportatum monachum fratrum Minorum, & exhæredatum. Et habemus bonam gloss. Gregor. Lopez. *in l. 2. titu. 15. Parti. 2. verbo, sendo home para ello. tradit Cyrier, lib. 1. de primogen. quæst. 5. & lib. 3. quæst. 4. Corn. lib. 2. consi. 134. li. e. glo. 2. l. 3. titu. 13. Par. 6. col. 3. ad medi. Fanu. de statu exclu. fœmin. num. 5. vol. 12. fol. 180.* Omnis enim dispositio ad iustum, capacem, & habilem hæredem refertur, *secundum Bald. in rubrica de caussa posse. & proprie. in fi. Alexan. consi. 82. col. 2. versi. preterea, lib. 2. & consi. 40. lib. 3. & lib. 6. consi. 51. Barba. lib. 2. consi. 85. col. antepenultim. versi. item ista. Guliel. in c. Raynutius, de testament. verbo, mortuo, in 2. num. 73.* Aliter legis nostræ Regiæ beneficium, & prærogatiua odiosis, & incapacibus videbuntur collata, contra adnotata *in l. Lucius Titius Daman. ff. de legat. 2.* Quod ne contingat iure nostro statutum est, verba generalia cuiuscunque dispositionis restringenda esse ad personas habiles, & idoneas, *l. vt gradatim. ff. de muner. & honor. gloss. & Bart. in l. emancipati. ff. de adoptio. & in l. 1. C. de sacrosanct. eccles. rursus, & in l. 1. C. vbi de ratiociniis agi opor. cum aliis multis adductis a Iaso. in d. l. 1. C. de sacrosanct. eccles. Alexan. Socinus, & Iaso. in l. 2. §. prætor ait, ff. qui satisda. cogant. Alex. consi. 140. col. 2. vers. ergo sequitur lib. 1. Barba. cons. 1. col. 5. versi. licet statutum, lib. 2. Tiraquell. de retract. titu. 1. §. 1. glo. 7. verbo, ou aultres coses. num. 26.*

SVMMARIA.

1 *Masculus, etiam iunior, præcedit fœminas in emphyteusi, quod amplia in emphyteusi ecclesiastica.*

2 *Emphyteusis vbi est concessa pro liberis masculis, & fœminis (quia ecclesia non nocet) fœminas, submoueri a tali successione, statutum, seu lex municipalis cauens, quod masculis extantibus fœminæ non succedant, comprehendit etiam emphyteusim ecclesiasticam.*

3 *Filia a patre nominata, excludit fratrem masculum.*

4 *Fœmina per viam repræsentationis excludit masculũ.*

5 *Fœmina per repræsentationem, non censetur masculus. Vbi sexus non consideratur prærogatiua, ibi fœmina repræsentans præualet.*

6 *Fœmina proximior, etiam per repræsentationem præfertur.*

7 *Masculus repræsentans fœminam, non excludit. Fallit, quando ex propria persona succedit.*

8 *Arrogatus filius an excludat sororem.*

9 *Arrogatus filius non excludit filiam patris naturalis, sed contra, ibidem.*

10 *Emancipatus filius, excludit fœminam. Filius naturalis tantum, an excludat. Item legitimatus. Filius, vt excludat, debet esse hæres patris.*

11 *Forensis, an excludat, fœminas, & fratres iuniores. Emphyteusim existentem extra Regnum primogenitus non consequitur.*

12 *Bona forensia inter virum, & vxorem communicantur.*

13 *Emphyteusis extra Regnum collocata, sub ea forma concessa, pro eo, quem nominabo, decedente emphyteuta ab intestato, extinguitur, & ad dominum directum deuoluitur non ad filium seniorem.*

14 *Emphyteusim pro filio nominando concessam, extra Regnum sitam primogenitus obtinet.*

15 *Forensis emphyteusis ad primogenitum non pertinet.*

16 *Hermaphroditus an excludat sororem.*

17 *Castratus, seu eunuchus excludit sororem.*

18 *Castratus adoptare non potest, nec spado. Interpret. l. 2. & 16. ff. de adoptionibus.*

19 *Castrati, qui dicantur.*

20 *Cur contrarium in spadone obseruatur.*

21 *Spado posthumum hæredem facit, non castratus.*

22 *Castratus est, sine virilibus natus, spado vero cui illa sunt amputata.*

23 *Interpret. l. 2. & 40. ff. de adoptio. & nu. 31. & 32.*

24 *Castratus ille dicitur, cui virilia sunt abstracta.*

25 *Spadonum plures species sunt.*

26 *Spadones, & eunuchi differunt.*

27 *Spadones, qui & thlibiæ appellantur a I.C. in l. Spadonum, de verbo. signif.*

28 *Interpret. l. Sed est quæsitum. ff. de lib. & posthum.*

29 *Spado cui virilia sunt amputata, an possit posthumum hæredem facere. Clericus potest adoptare.*

30 *Filiorum appellatione aliquando veniunt adoptiui.*

32 *Inter ius Canonicum & ciuile, hac in re differentia nulla.*

33 *Interpret. l. fin. C. commun. de legat.*

34 *Interpret. l. Sin autem, 7. de ædilitio edict. Iumenta castrata non sunt vitiosa.*

35 *Interpret. l. Si seruus. 27. §. & si puerum. ff. ad leg. Aquil.*

36 *Ordinatio Regia lib. 4. tit. 62. §. 3. Fallit, quando emphyteusis est concessa pro filiis masculis, & fœminis. Concessio in tertiam generationem includit fœminas. In feudis ordine successiuo videntur fœminæ vocatæ.*

37 *Fallit etiam Ordinatio in emphyteusi materna, seu matre viuente acquisita, quia præcedit fœmina.*

38 *Omnia collata a prima vxore tenetur pater filiis illius vxoris relinquere.*

39 *Lex fœminæ. C. de secund. nuptiis. explicatur procedere, etiam in patre. Interpret. Ord. lib. 4. tit. 75. §. 5.*

40 *Emphyteusis procedens a prima vxore, illius filiis est concedenda.*

41 *Emphyteusis concessa pro masculis, & fœminis, intelligitur, concessa ordine successiuo.*

42 *Emphyteusis renunciata in manibus domini, vt illam de nouo filio concedat, adeo a domino profecta censetur, vt illam filius conferre non teneatur.*

43 *A patre dicitur filius capere emphyteusim, quam pater in eius fauorem repudiauit in manibus domini.*

QVÆSTIO XIV.

Ibi, *Posto que seia mais moço que a filha, ou neta,* id est, *quamuis sit iunior filia, vel nepte.*

1 PLane probat hæc lex Regia masculum, etiam iuniorem in hac emphyteutica successione submouere fœminas; quod sexus prærogatiuæ dumtaxat tribuendum videtur, *ex his, quæ tradit Decius, in l. fœminæ, de regu. iuris. Probus, in c. fin. de consu. lib. 6. nu. penult. Cassa. in catal. gloriæ mundi par. 11. considera. 4. Peralta, in rubri ff. de hæred. instit. num. 122. versi. tertio. Gama. quæst. 51. ante num. 4. cum sequ. Melchior Pelaez, lib. 2. de primogen. q. 6. num. 17.* Quo argumento Decius, *consi. 191. col. fin. post princ. versi. tertio,* ait, in petenda inuestitura præualere masculum, ex auctoritate glo. *l. 2. §. permittitur. ff. de aqua quotid. & æstiua.* Dicit communem Curt. Sen. *consi. 49. num. 8.* & Curt. Iunior, *de feudis 3. part. post num. 4.* Qua ratione non est mirum, si in casu *d. l. Regia,* masculus fœminas præcedat, cum agitur de assequenda emphyteusi, nondum extincta, sed ad vitam secundæ, vel tertiæ personæ adhuc duratura. Quæ sane resolutio in casu l. Reg. *d. §. 3.* necessaria erat, & si illa verba, *posto que seia mais moço,* adiecta non fuissent. Satis enim hoc illa l. Regia docuit obseruandum quatenus statuit emphyteusim, ad primogenitum pertinere. Eo enim ipso voluit masculum, etiam iuniorem, fœminas excludere, ex auctoritate Iacobi de Aretio, *in l. Pater. §. quindecim. ff. de legat. 3. Bald. in l. in multis. ff. de statu. homi. & aliorum plurium, quos refert, & sequitur Couarruu. lib. 3. resolut. cap. 5. num. 5. tradit Tiraq. de primogen. quæst. 41. & Guliel. in cap. Raynutius, verbo, in eodem testamento, in. 1. num. 173. Gomez. in l. 40. Tauri. num. 62.* Sexus enim hæc qualitas tanquam nobilior præualere consueuit, *l. fin. ff. de fide instrum. & in l. 1. ff. de Senator.* & habemus nos optimam Extrauagantem, *parte. 6. titu. 1. l. 12. fol. 201.* vbi in successione Maioratuum disponitur, masculum etiam ætate minorem præcedere fœminam, & eam excludere. Quæ sententia ex auctoritate supra citatorum auctorum produsse mihi visa est, atque etiam Roma. idem resoluente, *consi. 89. col. fin. Socino, consi. 90. in fine, lib. 1. Decio, in l. fœmina. num. 50. ff. de regu. iur. Palat. in rubrica §. 69. num. 26. Tiraquell. de primogen. quæst. 10. num. 26. qui alios recenset. & Burgen. in proœmio ll. Tauri. num. 119.* vbi addit, quod & est de hoc optima l. Regia. *Par. 2. titu. 15. l. 2.* vbi id adnotauit Gregor. Lopez. *verbo, Fuo baron. & in l. 3. verbo, mugeres, col. 2. ante versic. facit etiam. titu. 3. par. 6. concordat Molina, lib. 1. de Maio. cap. 3. num. 7. & lib. 3. cap. 4. num. 12.* Ex quibus id vnum notabiliter infertur, legem Regiam in hac dispositione obseruandam esse, etiam in emphyteusi ecclesiastica. Nam cum per suprascripta constet, l. Regiæ dispositionem iuris præceptis consonantem esse: consequens videtur etiam in emphyteusi ecclesiastica obseruandam esse, si maxime considere, eam l. Regiam solum respicere vtile dominium, quod extra ecclesiam esse dicitur, & potestati seculari subiectum, vt ex neotericis, tradit Roland. *lib. 1. consi. 66. num. 34. Ripa, lib. de peste. § de priuilegiis ad conseruan. vbertatem. numer. 127. Decius, in l. in omnibus. num. 2. de regul. iur. cum aliis, quæ iam supra adduximus. quæst. 7. num. 13.* Quibus adde oppositum in emphyteuta fore resoluendum, post Bart. *in l. Priuatæ, in fine. C. de excusa. mu. lib. 10.* voluisse Ripam *in d. loco* restringentem, quod supra diximus, ad fructus ad colonum ecclesiæ pertinentes, quos subiectos esse potestati temporali ille voluit, non emphyteutæ vtile dominium. Quod etiam agnouit Iaso. *in authen. quas actiones. C. de sacrosanct. eccles. num. 42. Tiraquell. de retract. consang. §. 1. gloss. 13. numer. 12. & ceteris,* fusius Siluanus *consi. 55.* defendens, nullo modo emphyteusim ecclesiasticam collectari posse a iudice seculari. Quorum opinio in terminis huius l. Regiæ, in qua fuit facta concessio, *pro eo, qui nominabitur,* vtique defendi potest, si eam teneas, quam supra late tractauimus sententiam, quod text. *in d. §. 3.* quatenus primogenito emphyteusim concedit ab intestato succedenti, ecclesiam non comprehendit, *vt supra, quæst. 7. num. 2. & 3.*

Alias † vbi omne ecclesiæ cessabit præiudicium, verior mihi, & receptior ea videtur sententia quam Ancharra probauit. *consil. 433.* resoluens, quod vbi emphyteusis est concessa, *pro liberis masculis, & fœminis,* quia ecclesiæ non nocet, fœminas submoueri a tali successione, statutum, seu lex municipalis cauens, quod masculis extantibus, fœminæ non succedant, comprehendit etiam emphyteusim ecclesiasticam. Quam traditionem sequitur Socinus *iun. lib. 1. consil. 71. num. fin. post Alex. lib. 5. consi. 9. num. 2. & Decius in c. quæ in ecclesiarum, nu. 6. de constitut. in fine.* qui sane intelligunt id hoc casu sine difficultate procedere, quia in nullo ecclesiastica læditur libertas: Quod etiam respondit Alexand *consi. 27. num. 4. lib. 6.* concedens eadem prorsus ratione, emphyteusim ecclesiasticam subiectam esse statuto concedenti retractum, inter cognatos, & sanguine coniunctos. Quod item placuit Socino *consi. 99. col. 1. lib. 1.* Concinit Ruinus, *consil. 70. numer. 11. lib. 5.* resoluens circa successionem nihil omnino posse summum Pontificem statuere in præiudicium laicorum, ad quos vtile dominium pertinet. Nec longe abest, quod notabiliter obseruauit Bart. *in l. cum sponsus. §. in vectigalibus. ff. de publicia. in rem actio.* dominium vtile rei ecclesiasticæ ordinaria præscriptione acquiri decem, & viginti annorum licet bona ecclesiastica, minori spacio quadraginta annorum non præscribantur, secundum quod habetur *in c. de quarta præscript.* Concordant Angel. & Imola, *in l. quamuis. ff. de vsucapi. & Alexand. consil. 169. col. 1. lib. 2. Felin. in c. ad audientiam, colum. penultim. de præscript. Ruinus consi. 168 nu. 10. & 12. lib. . & consi. 195. numer. 2. lib. 2. Balbus, de præscript. prima part. 5. partis. regula 3. versic. secundo limit. & in quæst. 4. princip.* quibus etiam conuenit Alba. *consil. 28. num. 6.*

Intellige † tamen legem Regiam procedere, 3
& restringendam esse ad casum, in quo loquitur & sic, quando pater intestatus decessit, & nullum nominauit: Aliter si ille testamēto, aut alia dispositione filiam nominauit, illa præualebit, & emphyteu-

phyteusim obtinebit, *secundum ea quæ tradit Menchaca lib. de successio. progressu §. 2. nu 81.* tractabitur infra, *tit. seq. §. 5.* Quæ optuma est limitatio ad d. § 3.

4 Quin † etiam limita, nisi fœmina iure repræsentationis succedere contendat, patrem scilicet repræsentans, & in illius locum succedens, quoniam potens est submouere masculum patruum, si illa filia sit primogeniti, seu senioris filii. Nam cũ lex Regia (in casu, de quo agimus) emphyteusim concedat iure quodam hæreditario, filio primogenito, ab intestato parenti hæredi facto: consequens est, iure repræsentationis, fœminam ex primogenito natam, non ex se ipsa, sed iure paterno, ceteros excludere, quemadmodum, & pater exclusisset, si vixisset, *ex his, quæ scribit Tiraquell. de primogen. quæst. 14. num 3. Menchaca lib. qq. illust. q. vltim. num. 7. versic. quarto. Thomas Gramma. quæst. 1. num. 28.* Fruitur enim hoc casu iure paterno filia ex regula. *§. cum filius. Institut. de hæred. quæ ab intestato deferunt.* Cuius tamen oppositum, sine dubio respondendum est: imo quod etiam hoc casu masculus fœminam excludit repræsentantem filium seniorem, *vt notabiliter aduotauit Peralta, in Rubrica. ff. de hæred. Institue. num. 126. versic. videbatur, & Costa de Regni successiõn. pag. 197.* Eo moti præcipuo fundamento: quia, vt hoc casu filius excludi debeat, a fœmina oportet illam fingi seniorem, & masculum, quæ duo specialia concurrere, neutiquam possunt, *ex regula l. 1. C. de dotis promiss.* Quod maxime in hac specie procedit, in qua, impossibile est fingere, quod fœmina sit masculus: Qua ratione repræsentatio solum potest efficere, quod neptis ex primogenito sit, & dicatur patruo senior, nullo tamen modo, quod sit, aut censeatur masculus maior. Ceterum fœminam, etiam seniorem præcedit masculus, ætate minor: ergo, & eam, quæ per repræsentationem dicta est maior, ne quo modo plus operetur fictio in casu ficto, quam veritas in casu vero, quo vtitur etiam argumento *Afflict. in c. 1. de natura feudi. nu. 54. ad fin.*

5 Quam † sententiam fouet nimis Barto. notabilis doctrina, *in l. Liberorum, ff. de verborum signification.* resoluentis, fœminam per repræsentationem non mutare sexum, nec consequi masculi repræsentati qualitatem, *sequitur Socin. lib. 2. consi. 153. num. 20. Ruinus lib. 3. consi. 161. post Alexa. in l. vna. C. de in ius vo. num. 6.* Et est in promptu ratio, si attendas, quod repræsentatio est quædam fictio, a iure inducta, vt placuit Bald. *in l. tutelæ. §. 1. in fine. ff. de legitim. tuto.* quæ induci super impossibili, de natura non potest, *glo. fin. l. Talis. ff. de legat. 1. habetur in l. sub conditione. ff. de solutio.* Impossibile autem est, quod fœmina, fiat masculus, secundum naturæ regulas: Ergo, nec fingi potest. Quare nullo modo defendi potest, neptem ex filio masculo per viam repræsentationis posse, excludere patruum ab emphyteutica concessione, de qua agimus. Quod sane l. Regia, *d. § 5.* probat etiam in nepote masculo ex primogenito filio nato, quem negat posse patruum excludere, ibi, *posto que neto seia de filho mais velho.* Multo ergo minus eum excludet neptis, in qua cessat illa qualitas masculini sexus, propter quam in hac emphyteutica successione, fœminã excludit masculus etiam iunior.

Ex quibus quoties sexus masculinus in consideratione non est, sed ætas tantum, qui omnes supræscriptæ rationes cessant, prior sententia obseruari debet. *secundum Peraltam in d. rubrica. ff. de hæred. instit. nu. 142.*

6 Quod † idem necessario obseruandum est, quando fœmina, per repræsentationem gradum proximiorem agnationis consequitur, quoniam hoc casu, quia proximior præualere debet, vt in exemplis a Costa traditis, *lib. de Regni successi. pag. 172.* Hæc enim gradus prærogatiua, ceteras omnes excedit, vt tradit Corn. *consi. 199 num. 28. lib. 2. Tiraquell. quæst. 10. de primogen. numer. 25. Couarruu. lib. 3. resolut. cap. 5. num. 5. ad finem. Peralta in rubrica. ff. de hæred. institut. num. 140.* resoluens proinde, quod a successione maioratus filia excludit patruum masculum, quia proximior. *Afflict. cap. 1. num. 40. de natura feudi. Corn. consi. 199. num. 46. lib. 2. versic. non obstans.* quod videtur l. Regia, in hoc. §. 3. agnouisse, quatenus emphyteusim fœminæ filiæ concedit, excluso nepote masculo ex primogenito ẽt nato.

7 Porro † quod lex ista Regia *in d. §. 5.* probat, masculum excludere fœminam, amplia procedere, etiam in masculo descendente ex ea, qui melioris conditionis hac in re, quam mater esse non potest. *l. si viua matre. C. de bonis maternis. post Paulum, Decius, ibi, in l. illam. C. de colla. nu. 13. Gomez in l. 40. Tauri, num. 61. Gratus consi. 120. a num. 11. lib. 2.* Qua ratione maternum locum, & gradum intrans nepos masculus, & si ille patruo senior sit, submouere patruum non potest: quemadmodũ nec mater poterat si viueret, deposita sexus qualitate, quæ considerari minime debet, sed fœminea tantum, quæ matris fuerat. Ceterum, vbi is masculus ex fœmina, ex propria persona successionem prætendit, quia scilicet gradu proximior, & ætate maior, quoniam illi obiici nequit, quod ex fœmina procedit præualere debet, *ex his, quæ scripsit Costa, de Regni successione, pag. 176. cum sequ.* Quod sane in terminis l. Reg. *in hoc § 3.* admittendum est, in quibus fœmina prorsus exclusa non est, sed tãtum semota, stante fratre masculo, eiusdem gradus. Aliter si exclusa fœminea linea omnino reperiatur, quamdiu aliquis reperietur masculus, sine dubio, & masculi descendentes per dictam lineam fœmineam exclusi erunt, & a quouis masculinæ lineæ descendente etiam gradu remotiore, & ætate minore, submouebuntur, *vt habetur in cap. 1. § hoc autem, de his quæ feud. dare possunt. tradit Euerardus consil. 228.* Quæ vtilis resolutio est ad maioratuum successionem, a qua plerumque temporaliter, quandoque perpetuo excluduntur fœminæ, & *ad l. Reg. lib. 2. tit. 17. § 1.*

8 Sed † *an filius arrogatus excludat sororem, legitimam?* deduci potest, ex Bruno *lib. de statut. exclu. fœminas, art. 12. in prin. a nu. 9. Barba. in l. cum acutissimi. C. de fideicommiss. a nu. 285.* quod non, vt diximus *q. 13. nu. 10.* Quæ resolutio iustificatur vera esse, ex adductis a Tiraqu. *in l. Si vnquam, verbo, liberos, C. de reuoc. dona. a nu. 2.* vbi post multa *nu. 11.* probat, quod non excludit is filius fœminas vigore dicti statuti. Cõcordat Ascanius *de patria potestate c. 5. num. 13. versi. 4.* quemadmodum nec excludit substitutum, *vt in d. loco resoluit Tiraq. n. 10. Ripa in l. ex facto. § si quis rogatus. ff. ad Treb. nu. 31. Ascan. d. c. 5. nu. 10. & 11. Costa in c. si pater, de testam. in 6. pag. 154. num. 46.* quibus adde eundem Tiraq. *de primogen. q. 84.* & quæ nos scripsimus, *lib. qq. forens. fol. 113. in fine. & Ruin. lib. 2. cons. 324.*

9 Sed † hoc ad patrem arrogantem pertinet, cuius filius arrogatus filiam legitimam non excludit. Ceterum *an idem sit respondendum, in patre naturali ab intestato decedente, eiusque filiam submoueat ab emphyteutica successione is filius, qui se in arrogationem alij dedit?* quæstio est, cui caussam dedisse videtur, Iustini. *in §. fin. de legitima agna. tutela, & in §. minima, de capitis dimi.* docens per huiusmodi arrogationem, amittere filium statum, & patris naturalis perdere familiam. Probatur *in l. tutelas. ff. illo titulo, de legi. agna. tutela. & in §. 1. Institut. de acquir. per arroga.* Quapropter cum desinat esse de familia patris naturalis, tanquam extraneus excludere filiam non debet. Cuius tamen oppositum respondendum est, quia huiusmodi filius arrogatus, & si in arrogantis transeat familiam, nihilominus tamen patri naturali, & aliis agnatis succedit, *vt gloss. adnotauit in §. mortuo. institut. de acquir. per arroga.* vbi Ang. *& in § praeced. glo. in auth. in successione. C. de suis & legit. hared. cum alii, quæ tradit Brunus, lib. de statuto exclu. fœmin. art. 12. nu. 3. cum seq. fol. 95.* resoluens, proinde hunc filium, non obstante, hac capitis diminutione excludere fœminam, cum agitur de successione parentum.

10 Quo argumēto, † & ratione, idem necessario obseruādum est in filio emancipato, qui licet per emancipationem extraneus fiat, & extra familiā patris naturalis constituatur, nihilominus tamen parentibus succedit ad instar suorum. *§. nullam, in auth. de hæred. ab intest. venient. l. Meminimus. C. de legiti. hæred. cum aliis, quæ tradit Brunus in d. lib. de statu. exclu. fœmin. art. 12. a nu. 23.*

Sed *an naturalis filius tantum, excludere valeat legitimam filiam*, hic proprie examinandum erat, nisi sedem propriam haberet hæc quæstio *in §. 4. d. tit. 62. lib. 4.* vbi tractabitur, & quid sit dicendum in filio legitimato.

Intellige etiam, quod filius, de quo agimus, vt fœminam excludat, debet patri hæres esse, *vt iam supra tractauimus, q. 12. nu. 44. cum seq. & tradit Brunus, lib. de statuto exclud. fœmin. a nu. 114.*

11 Sed † *an forensis hoc eodem iure fruatur excludendi fœminas, & fratres iuniores?* plusquam difficilis quæstio est. In cuius certe decisione mire variant Dd. nostri, vt est videre per Brunum, *lib. de statu. exclu. fœmin. art. 8. a nu. 119. vsq. ad 133.* quo loco, quam plures refert, variasque nostrorum interpretum sententias, quod idem commodius aliquantulū fecit Tiraqu. *lib. de primogen. q. 46. per totam.* inter quas illa receptior est, quam tenuere Iac. Raue. Guliel. Dynus, Rayn. Faber. & Bald. *col. 9. versi. venio, ad secundam. in l. 1. C. de summa Trini.* idem Bald. *consi. 245. lib. 1. & consi. 132. ad fin. lib. 1.* firmās communiter practicari, & obseruari, quod cōsuetudo, seu lex municipalis concedens primogenito insolidum successionem, solum complectitur bona sui territorii, & ditionis, non alterius Regni, seu prouinciæ, in qua filii æqualiter, secundum regulas cōmunes succedunt. Secundum quorum sententiam, quam tenuere Anchar. & plures alii, quorum meminere Brunus, & Tiraquellus iam citati, atq; etiam Baeça, *in lib. de Decimis tutorum. c. fin. num. 5.* Si Lusitanus habet emphyteusim extra Regnum, in prouincia, scilic. in qua æqualiter omnes filii succedunt, quia illius territorii, & prouinciæ obseruanda consuetudo est, neutiquam insolidum emphyteusis primogenito concedenda est, & vires suas extendere, extra limina horū Regnorum l. Regia nequit, ex regula *l. fi. ff. de iurisdict. omn. iudic.* quod vltra iam citatos, probat Parisius *lib. 2. consi. 68. nu. 8. & 9. Curt. iun. consi. 118. a nu. 8. Cyrier. de primogen. lib. 2. q. 7. post nu. 6. & 15.* citatur bonus tex. ad hoc in *l. pupillo. 27. ff. de tuto. & cur. datis ab his,* vbi Hermog. respondet pupillo habenti bona Romæ, & in prouincia tutorem a prætore Romæ dandum, in prouincia vero a præside. Concordat Scæuola *in l. Titium. 48. ff. de admi. tuto. §. 1. concordat, & l. constitutio. ff. ad municip. & l. certa forma. C. de iure. fisci lib. 10.* per quæ, hanc esse communem, & veriorem sententiam constat ex Bruno, Cirieco, & Tiraqu. iam citatis, siue in rem, siue etiam in personam a lege conferantur verba. Diuersitas enim locorum, & iurisdictionis, diuersa facit patrimonia, diuerso iure censenda, *l. Similes, & l. si certarum. ff. de testamento mili. d. l. pupillo. ff. de tuto. & cura. datis ab his.* adeo quod propterea potest, quis quoad bona horum Regnorum testatus decedere, & quoad bona alterius imperii intestatus, contra regulam, *l. ius nostrum, de reg. iur.* secundum ea, quæ habētur in *d. l. similes, & d. l. si certarum, & in l. si arrogator. ff. de adoptio. Dd. in l. 1. C. de summa Trini. vbi Bart. q. 7. in fine, tradit post Alexa. consi. 128. lib. 1. Brunus, lib. de statu. exclu. fœmin. art. 8. nu. 125. tradit Siman. de hæretic. c. 9. num. 99. cum seq. & Goza. consi. 49.* Quorum argumento nos aliquando vtiliter respondimus, bona existentia extra Portugalliæ limina, inter maritum, & vxorē communicari non posse, non obstante l. Reg. dispositione, *lib. 4. tit. 7.* cuius dispositio, forensia bona ligare non posse, per supra scripta videtur. Eodem etiam argumento alibi adnotauimus, licentiam Regiam constituendi maioriam de omnibus bonis obtentis, restringendam esse ad bona, quę impetrans habet in Regno, non extra illud, quoniam hæc ex defectu potestatis minime continentur.

Quibus tamē non obstantibus in terminis legis Regiæ, *lib. 4. titu. 62. §. 3.* ego aliquando in caussa magni momenti consultus contrarium respondi, imo quod primogenitus tanquā nominatus, magisq; dilectus emphyteusim obtinebit, ex his quæ iam supra diximus, dispositionem l. Regiæ, *in hoc §. 3.* procedere, secundum mentem, & volūtatem patris, qui filium primogenitum magis, quā alium videtur vocasse, & ad emphyteusim nominasse. Qua ratione, quemadmodum eramus respōsuri, filium primogenitū obtenturum emphyteusim, extra Regnum existētem, si a parente nominatim fuisset vocatus, ita idem respondere debemus in hac specie, in qua dicimus tacite esse vocatum, ex regula *l. Cum quid. ff. si cert. petat.* Nec ad rem faciunt supra adducta, quoniam loquuntur, & procedūt, in legis dispositione, quæ bona forensia, & sic extranea, & extra territorium sita comprehendere nō valet, ex regula *l. fin. ff. de iurisd. omn. iud.* nos vero loquimur in emphyteuta habente a domino directo facultatem nominandi ad emphyteuticam successionem, quem voluerit in secūdam, vel tertiam personam: Quo casu, quemadmodum expresse potest nominare Petrum, aut Ioannem primogenitum, ita etiam potest tacite illum ab intestato vocans. Quæ longe diuersa ratio est, ab ea, qua suprascripta nituntur.

Quapropter † nos in terminis d. l. Reg. *lib. 4. tit.* 12
7. ali-

7. aliquando respondimus, bonorum communicationem inter coniuges inductam, quia conuẽtionalis est, & ab eorundem consensu pendens, vtique etiam ad bona extra Regnum existentia porrigi, vt in specie voluit Palat. *in rubric. de dona. inter vir. & vxor. §. 62. col. pen. ad fin. Baeça de decimis tuto. c. fin. num. 10.*

13 Cum † autem (vt supra aduertimus) l. Reg. *in hoc. §. 3.* in ea loquatur specie, in qua emphyteusis fuit cõcessa, *pro eo, quem nominabo*, & sic, *si nominabo*, quo casu, quatenus emphyteusim, ab intestato nullo nominato, primogenito filio concedit a iuris regulis, & traditionibus recedit, nulla iuris ratio permittit, posse eam legem Regiam extẽdi ad emphyteusim sitam in extraneo Regno, & ditione existentem, cuius successio secundum ius commune, potius regulanda est, & consequenter in fauorem domini directi pronunciandum magis est, quod emphyteusis est extincta, quia nullus nominatus est, iuxta concessionis formam omnino obseruandam.

14 Porro † vbi emphyteusim Lusitanus habebit in Regno extraneo sitam, *pro vno ex filiis nominando*, iuxta casum l. Reg. *lib. 4. tit. 63. § 5.* nisi lex municipalis, aliter defuncti voluntatẽ interpretetur, cõcedẽda erit primogenito emphyteusis, quasi nominato, ex *l. 4. C. de contrah. stipulat.* iunctis his, quæ iam supra, super prin. l. Reg. *d. tit. 62.* scripsimus. Vide posita *in d. §. 5.*

15 Ceterum, † vbi forensis intestatus decedens, emphyteusim apud nos habens decesserit, vtique obseruanda l. Regia, *in d. § 3.* non est, quoniã certo satis scimus illum, d. l. Regiã comprehendere non posse, tanquã exemptum, & non subditum ex regula *l. fin. ff. de iurisd. omn. iud. tradit Purpur. l. 1. C. de summa Trini. nu. 118. Decius cons. 19. in prin. Siman. lib. de hæreti. c. 9. nu. 96. cum seq.* Quocirca illius mentem interpretari l. Regia non potest, & consequenter, obseruanda erit illius Regni municipalis lex, seu ius commune, non lex Regia.

16 Sed † *an hermaphroditus fœminã excludat sororem?* respondendum est, quod sic, si modo in eo sexus virilis præualet, *teste Bal. in l. quaritur. ff. de statu homi.* quẽ in effectu sequitur Brunus, *lib. de statuto exclu. fœmin. art. 12. nu. 160. cum seq.* vide semper Bal. *l. fin. C. de suis & legit. hæred. col. penult.*

17 Idem † respondendũ sane est, in filio castrato, seu eunucho, vt in specie consuluit Bal. *cons. 280. col. 1. inter cõsilia Ang.* quia naturalis qualitas attendenda potius est, quam accidentalis, *secundum adnotata in l. Si quis posthumos. in prin. ff. de lib. & posthum. l. iusto. §. nõ mutat. ff. de vsucap.* quem sequitur Brunus, *de statu. exclu. fœmin. art. 12. nu. 124. cũ seq.* resoluens huiusmodi filium castratum, seu eunuchum fœminam sororem excludere, licet in eo videatur deficere statuti ratio, agnationis conseruationem respiciens.

Multo ergo magis id in casu l. Regiæ *d. § 3.* resoluendũ est, in quo nihil prorsus obstat, quo minus emphyteusim filius eunuchus, aut castratus assequi, [illegible] siquidẽ nulla futuræ sobolis cõmemoratione emphyteusis, de qua agimus, filiis cõceditur primogenitis. Quocirca, siue fili⁹ sit eunuchus castratus, siue etiã spado, negari illi emphyteusis non debet. Statueram cum istis transire intelligẽs me meo officio functũ, simulac spectantia, ad successionẽ emphyteuticã perstrinxero: timens vero lectorũ morbum, qui sedulo me difficilima missa fecisse, potuissent obseruare, & grauiter incusare, si omissa hac occasione, omisissem pertractare, quæ a nostris inuolute satis de spadonibus, castratis, & eunuchis passim scripta sunt, statui nõnulla pro materiæ declaratione huic loco addere, quæ spero non pœnitebit pium lectorem perlegisse. 18

Inter † castratum, & spadonem solent Iuriscõsulti grandem, & notabilem constituere differentiam, illi concedentes adoptandi filios potestatẽ, & si generare non possint, huic vero negantes. Quod plane docuisse videtur Caius *in l. 2. ff. de adoptio.* cuius hęc sunt verba *Illud vtriusq; adoptionis cõmune est, quod hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare non possunt.* secundum quam lectionem, vt Anton. August. *lib. 3. emenda. c. 51.* adnotauit, Caius, non negat idem obseruandũ esse in castratis. At quia in aliquibus codicibus oppositum habetur, respondendum esse, in castratis: interpretes nostri, eam differentiam constituũt, ex Iustiniani auctoritate, *in § sed & illud. Institut. de adoptio.* cuius hæc sunt verba, *Sed & illud vtriusq; adoptionis cõmune est, quod ij, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt.* Quę verba, sine vlla difficultate probant, veram esse prædictã differentiam inter spadones, & castratos cõstitutam, quæ Caio, *in d. l. 2.* tribuitur. Vbi secundũ aliquorum codicũ lectionem, eadem prorsus verba a Iustiniano prolata, scripta repeiiuntur, & *in l. Arrogato. 40. in fin. ff. eod. tit. de adopt.* vbi similiter spadoni conceditur adoptandi facultas, quamuis generare non valeat, in hæc verba, *Spado arrogando suum hæredem sibi accersere potest, nec ei corporale vitium impedimẽto est.* Quæ resolutio ex diametro pugnat cum regula *l. adoptio. 16. ff. illo titu. de adopt.* vbi adoptandi potestas negatur his, qui generare non possunt, in hæc verba. *Adoptio enim in his personis locum habet, in quibus etiã natura potest habere.* Et est ratio in promptu, quia ars imitatrix est naturæ, & secundum eam regulari consueuit: Quocirca, ne quo modo monstrum videatur, non valenti naturales liberos habere, ciuiles adoptandi lex ciuilis negauit potestatem, vt docuit Iustini. *in § adoptio. Institut. de adoptio.* vbi postquã ex supra scripta ratione statuit, non posse minorem natu, seniorem se adoptare, subdit, *Adoptio enim naturam imitatur.* Quamobrem quod Iustinianus d. §. sed & illud, docuit, castratos adoptare non posse, vtique iuri, & rationi consentaneum est.

19 Siue † castratos, intelligas illos esse, quibus virilia fuerunt amputata, secundum quem sensum, illam dictionem passim optimi auctores accipiunt, vt est videre apud Iuuenalem sic canentem, *Sæua castrauit in arcẽ tyrannus.* Et Plinius lib. 19. c. 32. *Verres iuuencos, arietes, hædos, decrescente luna castrato:* Quare verbũ, *castrare*, pro truncare, & priuare plerumq; ab optimi nominis auctorib. vsurpatur. Siue etiã castratos intelligas, quos sine virilibus natura produxit, secundum quem etiam sensum ab aliis emunctissimæ naris auctoribus, ea dictio accipitur, vt constat ex Peroto, *super epigramm. 42. col. 2. in medio*, ibi, *vt castrati sint, quibus testes naturales desunt.* Concordat & Calepinus, *verbo, castro:* Qua ratione iure optimo castratis negata est adoptandi potestas, quia generare nullatenus possunt.

Sed † *quare Iuriscõsultis placuerit oppositũ obseruan-* 20

dum fort in spadone, grauis quæstio est: quia in illo militat eadem omnino ratio, quę in castrato, quoniam eorum neuter naturales habere liberos valet. Scimus enim spadonem a σπάδω dictũ ab σπῶ, id est, *aufero*, seu *euello*, quasi ille dicatur spado, cui maxima pars virilitatis est euulsa, seu ablata, *teste Calepino, verbo, spado*. Quamobrem liquido constat, secundum verum sensum verborũ nullum prorsus discrimen, posse assignari inter spadonem, & castratum: siquidẽ vterque virili potestitia caret, & procreandæ prolis omnino est incapax.

21 Quæ † difficultas maxime augetur, ex Vlpiani responso, *in l. Sed est quæsitum. 6. ff. de lib. & posthum.* vbi docuit spadonem posse recte posthumum hæredem facere, castratum vero minime, quoniam, inquit *nec ætas, nec sterilitas, ei impedimento est.* vbi gloss. verbo *posse*, & post eam Dd. circa huius difficultatis solutionem variant, quorum nonnulli intelligunt, quod ibi Iurisconsultus respexit posthumum iam cõceptum tempore quo testator est factus spado. Alii intelligunt, quod ibi a I. C. de eo spadone tantum fuit facta mentio, qui vnum habebat testiculum, quem nihilominus generare posse in confesso est. Alii intelligũt, ibi Iurecõsultum, ciuilem dumtaxat posthumũ respexisse, scilicet, per adoptionem acquirendum, quoniam, *vt supra adnotauimus*, adoptare spado recte potest. & si generare non possit, qui est cõmunis ad eum text. & receptus sensus, per quem oppositum omnes probant in castrato, quia adoptare non valet, *per supra scripta*. Sed cur tam varie?

22 Interpretes † nostri, vt nodum hunc dissoluãt, intelligunt, castratos illos esse, qui sine virilibus nati sunt: sic dicti quasi caste nati, & consequenter natura ipsa ad generandum inhabiles: spadones vero, quibus virilia sunt amputata, seu virilis potestas adempta. Inter quos (aiunt) iusta potest constitui differẽtia, quia naturale vitium nocere plus solet, quam accidentale *l. Si quis posthumos. in princ. ff. de lib. & posthum.* ibi. *Quod natura magis in homine generandi, & consuetudo spectãda est, quam temporale vitium, & valetudo, propter quam abdicatur homo a generandi facultate.* Per hæc verba, hoc ita, ibi, & in *l. Sed est quæsitum eod. tit.* tradunt interpretes nostri maxime Aretin. *nu. 5.* firmans communem. *d. l. si quis. & Iaso. nu. 2. in d. l.* Sed est quæsitum. *Zasius, in d. l. 2. ff. de adoptio. Alciat. in l. spadonum. ff. de verb. signif. Ferra. in d. §. sed & illud. Institut. de adoptio.* licet Alciat. *lib. 1. prætermiss.* aliter loquatur.

Quem sensum (& si communis sit) probare minime possumus, quia castratus ille est, cui virilia sunt amputata. Non me tamen fallit communem iuuare nimis carmina illa a Peroto, *in d. epigramma. 42. citata, & ab Alber. & Iaso. in d. l. Sed est quæsitum. nu. 3.* quorum hæc sunt verba, *Castratos natura facit, violẽta spadones. Efficit improbitas, eunuchos sola volũtas.* Quibus sane verbis manifeste innuitur, spadonũ impedimentum accidentale, castratorum vero naturale: & si castrati dicantur, etiam hi, quibus virilia sunt abstracta, qui proprie loquẽdo, magis spadones sunt, seu eunuchi, quibus ab homine sunt virilia euulsa, seu nerui, quibus colei suspenduntur cremasteres proinde dicti; si dictis carminibus adhibẽda est fides. Quocirca probabilis redditur communis differentia constituta inter spadones, & castratos, illis adoptandi potestatem concedẽs, & posthumos instituendi; his negans, quos natura inhabiles ad generandum produxit: Quare castratorum nullus prorsus homo dari potest generandi capax spadonũ vero sic; cuius impedimentũ cum accidentale sit, & ab hominis facto procedens, aliquando fallere potest, maxime si vnicus tantũ sit euulsus testiculus, vt notabiliter docuit Vlpia. *in l. Pomponius. 6. ff. de ædilit. edict.* vbi spadonẽ morbosum non esse, nec vitiosum probat: sicuti nec ille, qui vnicũ tantum testiculum habet: quia generare potest, quo loco manifeste docet, aliquando spadonẽ posse generare. Qua ratione admitti potest, & consequẽter concedi. quod spado possit filium adoptare, & posthumos instituere, quoniam ad inducendam fictionem sufficit posse dari casum, in quo verificari potest fictũ, vt tradit Barto. receptus *in l. si is qui pro emtore, q. 4. ff. de vsucap.* quæ fuit Iaso. inductio, nouaque ratio *in d. l. sed est quæsitum. ff. de lib. & posthum. num. 2. versi. ego.* vltra glo. præsupponens vnicũ tantum habentem testiculũ spadonem esse, quod voluit nominatim gloss. *d. l. Pomponius, & Anto. Augu. lib. 3. emenda. c. 5. col. fin.*

At † placere nihilominus is communis sensus 23 non potest. quia I. C. in *d. l. 2. & 40. ff. de adopt.* & Iustinian⁹ *in d. §. sed & illud eod. tit.* nominatim, de spadone loquuntur, qui nullatenus generare potest, vt ex illis verbis plusquam manifeste liquet, *vt hi, qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt.* Quapropter cum Iurisconsultus se restrinxerit ad eam spadonũ speciem, quæ generare non potest: admitti Iaso. consideratio non potest. quia concernit eam spadonum speciem, quæ generare valet. Potuisset itaq; Iasonis obseruatio procedere, si Iurisconsultus simpliciter dixisset spadones adoptare posse, & posthumos hæredes instituere: quo casu ad concedendam adoptandi, & sic ciuilis filios habendi potestatem sufficiens caussa fuisset, spadonem aliquando posse filios procreare, *ex Bart. in d. q. 4. in l. Si is qui pro emtore.*

Vlterius † verum non est, quod cõmunis ista 24 resolutio intelligit. castratum illum esse, quem incapacem procreandæ sobolis natura ipsa produxit, quoniã contrarium ex Iuuenale, & Plinio cõstat, *lib. 8. c. 32. Iuuencos, (inquit) arietes, hædos decrescẽte luna castrato.* Quod optimum esse genus castrationis, Colum. dixit *lib. 6. c. 26.* si fiat in tenera ætate. Et per translationem *castratam Rempublicam* dixit Cicer *lib. 3. de oratore.* & Vlpianus noster, *in l. ædiles aiunt. ff. de ædil. edicto.* ait, *Sunt quædam quæ in hominibus morbum faciunt, in iumẽtis non adeo, vt puta, si mulus castratus est, quia nec de fortitudine eius detrahitur, nec de vtilitate, quia ad generandum nunquam fit habilis.* Vides quam lepide I. C. docet verum non esse, quod glo. & Dd. communiter intelligunt, *castratum illum esse*, qui naturale pariter impedimentum. Verius enim est castratum illum esse, cui virilia amputata sunt, quod sine difficultate ex locis supra proxime citatis deducitur, & *ex l. 3. ff. de sicariis.* vbi habetur l. Corneliæ, pœna feriendum esse, qui hominem caussa libidinis aut commercii castrauerit. Quod & Vlpian. *in l. 4. eodem titu.* probat, dum ait, *Nemo seruum inuitum castrare debet.* & in l. *Seruus seruum. ff. ad l. Aquil.* inquit Iurisconsultus, *Si quis puerũ castrauerit, & preciosiorẽ fecerit, Iulianus scribit cessare Aquiliam.* Quibus (me quidem iudice) locis, communis glo. resolutio cõfunditur, adeo, vt defendi

defendi neutiquam possit. Quocirca pro vera huius rei ratione, & antinomiæ solutione;

25 Adnotandum † est, quod spadones in plures diuiduntur species. Alii enim ex vtero matris sic nati reperiuntur. Alii vero iam nati hominis artificio, tales facti sunt, hos θλαδίας Iuriscõsultus appellat *in l. Spadonum. 126. ff. de verborum signif.* sic dicti a θλάω, verbo Græco, id est, *frango*. Qui enim fractos testiculos habet, seu cremasteres, id est, neruos, quibus colei suspensi sunt, *spadones* dicuntur, quia generare ea ratione nullatenus possunt, eo, quia testiculi tanquam pondera quædam suspensa neruis, minime adaperiunt meatus, quibus semen genitale progreditur. Sunt enim hi meatus præclusi neruis, quibus pondera pendent abscisis, *teste Arist. lib. 1. de genera. c. 4.*

26 Hos † *eunuchos* forte elegantius D. Hieronymus appellat, *super Matth. cap. 19.* quamuis verum sit, quod spadones ab eunuchis in hoc vno differre possunt, quod illi grandiores castrari solent: hi vero ætate admodum tenera. Solebant namque infantium testiculi in aquam calidam immitti, vsquequo per calefactionem euanescerẽt dicti nerui, *teste Paulo Aegi. relato a Budæo in posterioribus adnotationibus, ad pandectas, pag. 164.* vbi agit de d. *l. Spadonum*, & fuit sententia gloss. ad Hora. in epodo. odæ. 9. ibi, *& spadonibus seruire rugosis potest.* Quem vsum omnium primam induxisse Semiramidem, vim quodammodo naturæ inferentem, memoriæ prodidit Grapaldus *de partibus ædium, lib. 2. cap. 3. pag. 177.* de quibus sane posse intelligi text. *d. l. 1. ff. de adopt. cum similibus*, mihi nullatenus persuaderi potest. Nam quemadmodum veros liberos procreare non possunt, ita nec ciuiles habere posse, respondendum est. Hos enim Galenus super Alphon. Hippocrat. fœminabus exæquat.

27 Quare † dicas adhuc dari spadones, qui attritos tantum dictos neruos habent, seu cremasteres quos Iurisconsultus *in d. Spadonum. ff. de verbor. signif.* θλιβίας appellat a tero, verbo Græco. de quibus intellexisse Iurisconsultum, *in d. l. 1. ff. de adopt. cum similibus*, necessario fatendum est, quoniam hi potentes sunt ad coitum, & propterea matrimonium contrahere valent, vt satis cum iudicio adnotauit Sotus vir doctissimus, *in 4. distinct. 42. q. 2.* de legali cognatione agens, & est de hoc bonus text. qui sic prorsus intelligendus est *in l. si seruo. 40. §. fin. ff. de iure dot.* ibi, *Si spadoni nupserit mulier, distinguendum arbitror fuerit castratus, nec ne, vt in castrato dicas dotem non esse, in eo, qui castratus non est, quia & matrimonium, & dos, & dotis actio est.* Ecce Vlpiani pulchrum responsum, in quo plane agnoscens verum esse, quod modo diximus, negat spadoni castrato, id est, carenti virili potentia, propter, scilicet pudendorum abrasionem, vel neruorum, de quibus supra, desicationem, & extinctionem, matrimonii contrahendi potestatem: & consequenter dotis actionem: oppositum probans, si castratus spado esset attritos neruos tantum habens; quoniam is ducere vxorem potest, & concumbere valet. Quod & iuri canonico conueniens est, secundum glo. receptam *in cap. 2. de frigidis. Sotus, in d. loco.*

28 Conuenit † his Vlpiani simile responsum, *in l. sed est quæsitum. 6. ff. de lib. & posthum.* vbi eam quæstionem proponens, *an is, qui generare facile non potest, posthumum hæredem instituere possit.* Ex Cassio. & & Iaboleno respondet posse, quoniam, inquit, *vxorem ducere, & adoptare potest.* Et inde infertur, spadonem quoque posthumum hæredem scribere posse, *quia nec ætas, nec sterilitas ei impedimento est, sed si castratus sit, Iulianus putat, non posse posthumum instituere, & hoc iure vtimur.* Ecce qualiter Vlpianus eo loco non minus, quam *in d. l. si seruo. 40. §. fin.* probat, spadonem a castrato distinguendum, huic negans instituendi posthumum potestatem, quia nullam omnino potest procreandæ sobolis spem habere, & consequenter matrimonii contrahendi, *vt d. l. si seruo, probatur. & in cap. 2. de frigidis, vbi gloss. & Dd. communiter.* Illi vero scilicet spadoni Iurisconsultus eam posthumi instituendi facultatem concedit, quia non prorsus procreandi liberos spe caret: Comparatur enim is homini seni, cuius ætas licet eum frigidum reddat, non tamẽ omnino spe liberos procreandi priuat, vt adnotauit gl. fin. recepta communiter, *in d. cap. 2. de frigidis.* Quocirca dicendum est, quod in eo loco Vlpianus loquitur in spadone, attritos dumtaxat habente testiculos, seu neruos, qui licet difficile generare possit ad instar senis, aut valetudinarii hominis, non tamen prorsus incapax est, & a coniugio alienus, & consequenter spe procreandæ sobolis carens; quod in ea *l. sed est quæsitum*, Iureconsultus, manifeste probat, quatenus spadonem comparat, ei, qui difficile generare potest, propter ætatem, vel alias. Idque plane colligitur, ex illis verbis, *Spadonem quoque posse*, quibus significatur, spadonem difficile posse generare: siquidem in principio, de eo fuit proposita quæstio, qui generare facile non potest. Dictio enim *quoque*, de qua ibi, præcedentem casum, & qualitatem præsupponit, & repetit, *in §. posthumo quoque. Institut. de vulgari.* coniuncta communi Dd. interpretatione, ibi, & *in l. Gallus, in princ. ff. de liber. & posthum.* intelligentium posthumum alienum hæredem institui, non posse: quia incerta persona est, *vt in d. l. loco Iustinianus probat.*

Ex † quibus vtique constat, non recte auctores nostros resoluisse, spadonem, cui virilia sunt amputata, posse posthumũ hæredem facere, quoniam & adoptare, sic intelligentes procedere tex. *in d. l. sed est quæsitum, vt post alios, ibi adnotauit Iaso. num. 14. glo. 1. l. si quis posthumos, eod. tit. Socinus, in l. si cognatis, num. 19. ff. de rebus dubiis.* Cuius oppositum, verius esse ex supra scriptis constat: quia in eo loco Iureconsultus minime egit de his spadonibus, qui contrahere matrimonium non possunt, sed magis de his, qui ducere vxorem valent, & spe procreãdæ sobolis prorsus non carent. Hi enim posthumum possunt hæredem scribere ciuilem, & naturalem sperare nasciturum: Quocirca ille text. proprius loquut⁹ est de naturali posthumo, quod plane deducitur, ex illius l. litera, quatenus simpliciter de posthumo agit, cuius appellatione naturalis venit, non ciuilis. *l. placet. 4. illo tit. ff. de liber. & posthum.* ibi, *Nam, & cum posthumum hæredem scribit, is qui, ex quacunque vxore nascetur, scriptus videtur.* & ibi notant Bald. & Alexan. Nec quod glo. & Iaso. *in d. num. 14.* aiunt, obstat, quia eorum ratio, & argumentum procedit in castrato, & similibus, qui spe naturalis sobolis procreandæ omnino carent. Hi enim posthumum instituentes, de eo posthu- 29

mo videntur intellexisse, quem possunt habere, & sic de ciuili tantum, vt *l. heredibus. 77. § fin. ff. ad Trebell.* Sed nec in castratis ea sententia potest defendi, quoniam hi quemadmodum generare non possunt, ita adoptare nequeũt. *§. sed & si illud. instit. de adopt. & ibi Theophilus, & Socin. l. 1. num. 24. ff. solut. matrimon.* Potest itaque d. glo. & sequacium sententia saluari in clerico, & similibus, qui licet legitimos non possint habere liberos, quia tamen ad generandum sunt apti, adoptare possunt, *Aretin. in l. si quis posthumos. ff. de lib. & posthum. nu. 4. & ibi Cuma. Alex. & Iaso. nu. 8. Alex. in l. Gallus §. & quid si is. nu. 10. ff. eod. tit. Quinti. lib. de signa. gratiæ pag. 68. in fine.*

30 Nec † dicas, oppositum suadere Iurisconsulti responsum *in l. fideicommissum. ff. de condit. & demonstr. & in l. si ita quis. §. fin. ff. de legat. 2.* quatenus probat, quod filiorum appellatione non veniunt adoptiui, quia, *vt Bart. adnotauit in d. l. si quis posthumos*, id non procedit, quando verba referuntur ad eum, qui naturales, & legitimos non potest habere: eo namque casu comprehenduntur adoptiui filii, siquidem hos tantum potest habere. Quemadmodum etiam comprehenduntur naturales, & spurii, quando verba referuntur ad illum, qui nequit alios habere *d. l. heredibus. 77. §. fin. ff. ad Treb.* vel etiam aliter dicas adoptiuũ filii appellatione contineri quando adoptio facta est de voluntate disponentis, *secundum Bart. l. si cognatis, col. 2. ff. de rebus dubiis & ibi Soci. nu. 20.* dixit communem Costa, *in l. Gallus §. & quid si tantum. nu. 54. par. vltima.*

31 Ex † quibus etiam cauendum arbitror ab his, qui opinantur tex. *in d. l. 2. cum similibus. ff. de adoptio.* loqui de spadone, id est, generare non valẽre, propter frigiditatem, aut morbum, quoniã & is matrimonium contrahere potest, & posthumum hęredem facere, & adoptare, propter probabilẽ spẽ, quam producendæ sobolis habet, *vt post Theophi. adnotauit Anto. Augusti. lib. 3. emenda. c. 5.* Quorũ sententiam vti veram in se nos probamus, sed minime literæ d. iurium conuenire arbitramur: Nam & si verũ sit, etiam hos appellari spadones posse, qui morbo, ætate, aut frigiditate generare non possunt, non tamen eos respexisse in d. locis Iurisconsultos mihi persuaderi potest, qui simpliciter & absolute de eo spadone loquuti sunt, qui generare non possunt: quare de vero magis spadone videntur loquuti, quam de morbo impedito, qui sane spado abusiue, & improprie dici potest. Quod plane significare I.C. videtur *in l. sed est quæsitum. ff. de lib. & posthum.* vbi postquam in genere I.C. docuit, quod omnis, qui difficile generare potest posthumum hæredem instituere potest, subdit, *spadonem quoq; posse.* intelligens, quod in ea generali resolutione spado non contineabatur, nisi expressus fuisset.

32 Inferunt † etiam incaute nostros scripsisse hac in re differre ius Canonicum a ciuili, siquidem de iure Canonico inquiunt, spado contrahere matrimonium non valet, *vt in c. 2. de frigidis habetur per glo. & Dd. communiter:* cuius oppositum de iure ciuili obtinet per *l. si seruo. 40. ff. de iure dot.* sed non agnouerunt ius ciuile in hoc casu solum egisse de attritis, seu attritos neruos habẽtibus, non omnino excisos, seu euulsos, quos etiam de iure Canonico posse vxorem ducere manifestissimi iuris est. Quare a Ioan. Andr. & Panorm. *in d. c. 2.* hanc differentiam constituentibus cauendum sedulo est, & a Roma. *sing. 364.*

Sed video pium Lectorem susurrantem, & dicentem, amice, suprascriptis obstat, quod nostri interpretes dicere solent, legem indefinite, & generaliter loquentem generaliter, & absq; vlla restrictione esse intelligendam, *l. 1. §. generaliter. ff. de lega. præstand.* Qua ratione cum *d. l. 2. ff. de adoptio.* & illi similes loquantur de spadone simpliciter, neque distinguant spadonem, ab spadone, generaliter intelligi necessario debent in omni spadone, & consequenter, tam in eo, qui euulsos habet, quam attritos testiculos, seu cremasteres, siquidem vterque spado est, *d. l. spadonum. ff. de verborum signification.* vt ibi perdocte tradunt Budæus, & Alciat. atque etiam Antonius Augustinus *lib. 3. emenda. cap. 5.* probat Iureconsultus, *in l. spadonem. 17. ff. de excu. tutorum, in princip. & in l. 1. C. eodem titulo.* vbi spado quicunque sit, a tutelæ onere non excusatur. Cui sane obiectioni, facilis est responsio, si consideres, quod Latini nomina propria non habent, quibus distinguere valeant *spadonem thlasiam, & spadonem thlibiam.* Quapropter secundum subiectam materiam distinguendus est spado ab spadone. Quoties enim agitur de spadone vxorem ducente, aut adoptante, vel similia virilem potentiam desiderantia appetente, vtique intelligenda oratio est, de eo spadone, quem *thlibiam* appellamus, attritos tantum testiculos habente, quod palam docet Iureconsultus *in d. l. si seruo. §. fin. ff. de iure dot.* vbi quæstio fuit proposita deneganda, aut concedenda spadoni vxorem ducenti, de dote, actione, & respondet, *distinguendum esse spadonem ab spadone,* ac proinde spadoni castrato a natura, vel ex accidenti, quia matrimonium contrahere non potest, propter impotentiam procreandæ sobolis, dotis actionem negat: diuersum statuens, si is spado thlibias sit, id est, attritos tantum testiculos habens, quia contrahere matrimonium valet. Ecce qualiter nos Iureconsultus docet, & instruit, secundum materiam subiectam spadonem thlasiam, ab spadone thlibia distinguere, quamuis generali nomine, vterque spado dicatur. Sic etiam ex subiecta materia arrogationem, a generali nomine adoptionis distinguere solemus, quando sui iuris filius adoptatur, arrogationem factam intelligimus, sic etiam agnatos a cognatis distinguimus, secundum Antonium Augustinum *supra citatum.* Quocirca in casu *dict. leg. 2.* & similium cum ratione intelligendum est Iureconsultum, de spadone thlibia egisse, siquidem posse adoptare respondet. Nihil enim magis iuri, & rationi conuenit, quam verba æquiuoca, secundum materiam subiectam modo in hunc, modo in illum sensum accipere.

Hinc † etiam merito interpretandus est, alius 33
Iustiniani locus, *in l. fin. C. communia de lega. versic. seruus. & in l. 1. C. de communi seruo manu. versic. si vero.* vbi seruos spadones, seu eunuchos multo pluris æstimauit, quam ceteros. Intelligi enim debet, de illis spadonibus, seu eunuchis, quos thlasias, id est, castratos appellamus. Hi enim pretiosiores sunt, & maioris æstimationis facti, vt Vlpianus ait *in l. Si seruum 27. §. & si. ff. ad legem Aquil.* cuius hæc

ius hæc sunt verba, *Si quis puerum castrauerit, & preciosiorem fecerit, Iulianus scribit cessare Aquiliam.* Hisce enim seruis solebant olim vti Reginæ, iuxta illud commune dictum, *Eunuchum dixti velle te? quia solæ vtuntur his Reginæ:* qua ratione in multo maiori precio & æstimatione erant: quia in delitiis habebantur: Conuenit eiusdem Vlpiani responsum *in l. ædiles. 38. versi. sed enim, ff. de ædilit. edict.* ibi, *Et ideo nullum non esse vitiosum, & equum castratum sanum esse, sicuti spado quoque sanus est,* quod, & in *l. Pomponius. 6. eodem titulo,* probat, ibi, *Spadonem morbosum non esse, nec vitiosum mihi verius videtur, sed sanum esse.*

34 Caue † tamen, quia Paulus *in l. Sin autem. 7. ff. de ædilit. edicto,* oppositum, in hæc verba probat, *Sin autem, quis ita spado est, vt tam necessaria pars corporis ei penitus absit, morbosus est.* Quæ verba profecto ex diametro pugnant cum Vlpiani responso *in d. l. ædiles. 38. eodem titul. versic. Sed enim.* cuius hæc sunt verba: *Si mulus castratus est, neque morbi, nec vicij, quid habere videtur: quia nec de fortitudine, quid ei detrahitur, nec de vtilitate, cum ad generandum, nunquam sit habilis, idem refert Offilium existimasse, equum castratum sanum esse. Sicuti spado quoque sanus est.* Vides quam serio ista Iureconsultorum responsa sibi ipsis aduersantur, & obuiam eunt? Siquidem Paulus *in d. l. 7.* morbosum iudicat spadonem virilibus carentem. Vlpianus vero in *d. l. 38.* omnino oppositum in castrato respondet; cui similiter virilia desunt, & nihilominus morbosum esse negat, nisi dixeris, quod loquitur in mulo, cuius castratio morbo, vitioque caret, quia debilior non fit, nec deterior: siquidem ad generandum natura inhabilis est, quod verum esse persuadetur, tam ex verbis iam relatis, ibi, *quia nec de fortitudine ei detrahitur, nec de vtilitate, cum ad generandum nunquam sit habilis,* quam ex verbis sequentibus, quibus ex Celsi sententia, Vlpianus docet, de iumentis castratis, se ibi tantum agere, vt ex illis verbis liquet ibi, *Non omnia animalia castrata ob id vitiosa esse,* nisi ob id debiliora fiant, aut minus vtilia: Quocirca mulum viciosum non esse, refert Offilium existimasse, equumque castratum sanum esse: Quamobrem liquido constat, quod eo loco Vlpianus de iumentis castratis tantũ egit, quæ morbo, vitioque carere, & si castrata sint probat, oppositum insinuans obseruandum in hominibus castratis, qui eo ipso vitio non carent, ex Pauli sententia *in d. l. 7.* qui hoc modo intellectus Vlpiano *in d. l. 38.* minime refragatur. Quod etiam ex eiusdem Vlpiani verbis manifestius multo deducitur, ibi, *Sed enim sunt quædam, quæ in hominibus quidem morbum faciunt, in iumentis non, vt puta, si mulus est, &c.* Quibus verbis plane docet, verum esse, quod diximus, in hac specie, constituendam esse differentiam inter homines, & iumenta castrata. Illi enim vitiosi sunt, hæc minime.

35 Obesse † his tamen videtur Vlpiani responsum *in l. si seruus. 27. §. & si puerum. ff. ad l. Aquil.* vbi legis Aquiliæ actionem negat, aduersus eum, qui puerum castrauit, quoniam inquit, *præstantiorem illũ reddidisse visus est:* quare stare neutiquam potest eiusdem auctoris responsum *in d. l. 38.* siquidem, nec homines castrati vitio, aut morbo laborant. Imo preciosiores fiũt, vt *in d. §. & si.* probatur, eo in loco gloss. hanc difficultatem persentiens eam dispositionem localem esse arbitratur. Sunt enim in orbe prouinciæ, in quibus castrati homines in magno habentur precio. quibus inquit gloss. conuenit, quod eo loco I.C. Vlpianus ait *præstantiores castratos esse,* & proinde cessare Aquiliæ actionem. Quod iterum gloss. adnotauit *in d. l. 7. de ædil. edicto.* Sed complacere nequit is sensus, quia legis proprium est vniuersaliter disponere, & prouidere. *l. 2. ff. de legib. l. iura. 7. eod. titu.* Quamobrem cum Vlpianus *in d. §. sed & si puerum,* indefinite loquatur, nec se restringat ad particulares prouincias, non est cur nos illius dispositionem restringere debeamus.

Quapropter rectius multo videtur adnotasse Accurs. *in d. l. 7. de ædil. edicto.* probans constituendam esse differentiam inter actionem. l. Aquiliæ, & *ex ædilit. edicto.* Illa enim solum datur aduersus eum, qui damnum in re dedit, quare aduersus castrantem seruum cessat, quia preciosior ille factus est: ædilitia vero actio datur aduersus eum, qui vitiosum seruum vendidit, aduersus quem vendentem seruum castratum actio illa ex ædilitio edicto datur, quia ad hunc effectum morbosus ille seruus reputatur *d. l. 7. de ædilit. edicto.*

Cetera, quæ ad spadones pertinent pete ab Alciat. & Budæo, *in l. Spadonum. ff. de verborum significat.* & a Couarru. *in clemen. si furiosus. 1. parte. in princ. num. 6.* qui alios refert, & a Gomez. *in l. 9. Tauri. num. 57. versic. 2. Soto, 2. 4. distinct. 34. quæst. 1. artic. 3. Ledesma. 2. 4. quæst. 60. artic. 1. col. 2. Brunello, lib. de sponsa. conclus. 28. vol. 9. fol. 175. omnino a Plaça, in praxi. fol. 416. cum sequent.*

Vlterius † l. nostra Regia, *in d. §. 3. tit. 62.* quatenus 36
probat masculum, etiam ætate minorem, excludere sororem, sane intelligenda est in casu, in quo loquitur, hoc est, quando emphyteusis fuit concessa, *pro eo, qui nominabitur.* In qua specie legislator, intelligens emphyteusim ad vnum tantum pertinere, masculum tanquam digniorem, magisque dilectum præferendum statuit, *vt iam supra adnotauimus.* Vnde oppositum videtur fore, & esse resoluendum, quando emphyteusis pro filiis masculis, & fœminis fuerit concessa: in qua specie, quia fœminæ pariter cum masculis sunt vocatæ, non est cur eas masculi submouere debeant, vt in specie resoluit Corn. *lib. 3. consil. 37. num. 2.* firmans concessionem emphyteuticam in tertiam generationem masculinam, & fœmininam pariter masculis, & fœminis deferendam, nisi adsit statutum omnino fœminas submouens ab hæreditaria successione extantibus masculis: quoniam tunc ordine successiuo videtur concessio facta, primo pro masculis, illisque non extantibus pro fœminis, quia stipulans pater emphyteusim, videtur se cõformasse cum legis municipalis dispositione, secundum quam regulari emphyteutica successio debet, *ex traditis per Bart. Bald. Cyn. Ang. & alios,* quorum meminit Pelaez, *lib. 1. Maior. q. 48. nu. 24. & in d. num. 2.* meminit Corneus, intelligens, quod aliter semota. legis municipalis, dispositione, emphyteusis non est minus fœminis, quam masculis concedenda, ex vi, & forma concessionis, qua vtrisq; pariter prouisum est. Quamuis in feudis oppositum resoluendum sit, in quibus fœminæ ordine successiuo videntur vocatæ, *vt habetur in c. 1. §. filia vero, de successio. feudi, & in c. 1. §. quin et-*

tum, episcopum, vel abbatem. tradit Bertrand lib. 1. consil. 276. nu. 1. & nos infra super *§. 5. tit. 63. lib. 4.* adnotabimus, vbi larius differemus.

37 Limitari † etiam vtiliter l. Regia *d. § 3.* potest, vt non procedat in emphyteusi materna a matre, scilicet procedente, aut ea viuente comparata: quo casu filia ex eo coniugio nata potiora iura habet, quam masculus ex alia vxore genitus. Contingit passim, ex dotis caussa parentes filiæ emphyteusim dare: deinde pronidos maritos nouam a directo domino concessionem impetrare, de eiusdem nominatæ consensu, in fauorem nempe eorundem coniugum, & vnius alterius personæ, quem superuinens nominabit. Mortua vxore, & ex ea superstite filia, pater ad secundas conuolans nuptias masculum ex eo matrimonio habens filium intestatus decedit: Magna exinde inter hunc masculum, & ex primo matrimonio natam filiam exoritur contentio, in qua ego plnries fui consultus. Patroni qui masculi iunioris partes tuebantur inducebant legem Regiam in *hoc §. 3.* firmantes casum esse clarum, & extra omnem controuersiam: siquidem per eum necessario in fauorem masculi, etiam iunioris respondendum erat. In his nempe terminis, in quibus secundum formam concessionis, pater libere potuit, omissa filia primi matrimonii filium ex secundo procreatum nominare: In qua specie vtrique viget l. Regiæ ratio paternæ charitatis, & dilectionis, propter quam masculus, etiam iunior, tanquam nominatus, magisque dilectus fœminam excludit, *vt iam supra adnotauimus.* Quod probabile argumentum, grauissimis nostri ordinis viris, aliquando visum fuit, vt pro masculo iudicandum fore opinarentur.

38 Quorum † quidem auctoritas, & argumenti probabilitas indicantem mouere potuisset, nisi me vrgentior, & efficacior ratio in contrariam flecteret sententiam. Scimus enim maritum ad secunda transeuntem vota teneri filiis primi matrimonii relinquere, & conseruare omnia a prædefuncta vxore in eum collata, *l. fœmina, & l. generaliter, C. de secundis nupt.* vbi id notant Dd. communiter vtrumq; parentem teneri lucra a præmortuo coniuge procedentia illius liberis restituere, interdicta prorsus alienandi, etiam in fauorem filiorum secundi matrimonii facultate, vt *in d. l. fœmina plane,* habetur, ibi, *quicquid ex facultatibus priorũ maritorum sponsalium iure, quicquid etiam nuptiarum solemnitate perceperint, aut quicquid mortis caussa, donationibus factis, aut testamento iure directo, aut fideicommissi, vel legati titulo, vel cuiuslibet munifica liberalitatis præmio ex bonis, vt dictum est, priorum maritorum fuerint assecutæ, id totum ita, vt perceperint, integrum ad filios, quos ex præcedenti coniugio habuerint, transmittant.* At quia in ea constitutione cautum non erat, ne quo modo liceret eidem hæc lucra alienare, & in liberos secundi matrimonii in fraudem legis transmittere, hæc subiecit Imperator verba, *Nec quicquam eadem fœmina ex ijsdem facultatibus alienandi, in quamlibet extraneam personam, vel successionem, ex alterius matrimonij coniunctione susceptã præsumant, atq; habeant potestatem possidendi tãtum, atq; fruendi in diem vitæ, non etiam alienandi facultate concessa.* & ibi notant Dd. secũdo nubentem, nec posse lucra prioris matrimonii in extraneum alienare, nec in fauorem filiorũ secundi matrimonii conferre, sed magis filiis primi matrimonii restituere. Et est communis hæc & recepta in vtraq; censura sententia.

Quæ † non modo procedit in fœmina secũdo nubente, quo casu lilla loquitur, sed etiam in marito, & sic patre secundam vxorem ducente, qui similiter, ab vxore quouis titulo acquisita filiis primi matrimonii conseruare tenetur, nec illa ex secunda susceptis vxore liberis cõferre potest. Quæ vtilis est ampliatio ad *d. l. fœmina.* vt etiam procedat in masculo, quã plane probat Imperator obseruandam *in l. generaliter. 5. C. de secundis nupt. in prin.* ibi, *Eisdem casibus maritum quoq; quæ de bonis mulieris, ad eum deuoluta sunt communibus liberis seruare.* Iuri enim cõsonans legislatori visum fuit hac in re etiam pœnali coniuges eodem iure censeri, & consequenter vxori interdictum, marito concedi non posse. Correlatiua enim sunt, quorum æqua solet esse iuris ratio, & omnimoda dispositio, etiam in pœnalibus, & odiosis, *l. fin. & ibi Dd. C. de indicta vidui. tollen. l. 1. C. de cupress. lib. 10. vbi etiã Bart. & alij.* Nec rationi conuenit ad imparia coniuges iudicari, *vt habetur in auth. nec earum, quod ex dote, per totum, & in c. 1. & 2. 34. q. 1. & 2.* melior tex. *in c. Christiana religio. 32. q. 5. habetur, & in l. 1. vbi Dd. ff. de in ius vocando.* maxime vbi eadem vtrumq; conuincit ratio, quæ necessaria vtrumque dispositione coniungit. *l. illud. ff. ad l. Aquil. l. a Titio. ff. de verb. oblig. l. his solis. C. de reuoc. dona.* ibi, *satis tacite cautum putamus.* Et ibi notant Dd. argumentum ab identitate rationis vim habere cõprehensiuam, non extensiuam, quoniã id semper dicitur statutũ, quod legis ratio postulat. Porro ratio contemtus mariti, & iniuriæ illatæ a secundo nubẽte, propter quam illa lucrorũ proprietate priuatur, & solo vsufructu contenta esse præcipitur, *vt habetur in §. proximus in auth. de non eligen. secundo nub.* Contristatur n. defuncti viri anima cũ vxor ad secundas non dubitat transire nuptias, vt Imperator ait, *in §. quæ vero in auth. de nup.* Similiter in marito procedit, item illa consideratio obliuionis prioris amoris, & matrimonii, quæ in vxore secundo nubente ponderatur a Iustiniano d. *auth. de nup. §. non autem.* Imo, & ea qua dicitur neglexisse mariti memoriam, & liberorum charitatem *d. auth. de nup. §. si autem,* atq; etiam iniuria quã pati dicuntur liberi, *iuxta §. Gregoria. versi. proximus, in auth. de non eligen. secundo nub. & in §. veniens, in auth. de nup.* sine dubio, in marito militat, qui secundam ducens primam negligit, obliuioni tradit simul eam, & liberos offendit, quare cum ratione *d. l. generaliter id,* quod in vxore *d. l. fœmina.* statutum erat, & ad maritum extenditur. Adeo vt cum communi resolnere teneamur dispositionem d. *l. fœmina, §. illud.* quatenus vxori solum vsumfructum concedit bonorum, quando coniungit hæredem esse liberorum prioris matrimonii, ad patrem extendendam esse, vt is etiam solum hæreditate fruatur, & proprietatem seruare aliis filiis d. prioris matrimonii teneatur, vt ibidem in specie adnotauit gloss. *verbo, possessione,* in hoc recepta communiter, *teste Paulo, in l. 3. num. 3. C. ad Tertullian. Decio cons. 230. col. 1. & consil. 87. num 3. Rip. in d. §. illud, in princip. Ioan. Nicolaum, in d. l. generaliter, numer. 9. C. de secundis nupt.* quæ & si dubia resolutio sit obseruanda in his Regnis necessario est, ex auctoritate *l. Regia, lib. 4. titul. 75. §. 5. tradit Gabriel consil. 134.* 39

Roland.

Roland. lib. 1. consf. 95. nu. 8. Tellius in l. 15. Tauri, post glo. ibidem, & Gomez. nu. 4. in l. 14.

40 Ex † quibus sane deducitur, emphyteusim (de qua agimus) a prima, scilicet, vxore procedentem, vti debitam, reseruandam filiæ suæ, ex dispositione *d. l. generaliter*, illi concedendam esse, & prorsus masculo ex secunda vxore procreato negandam: quoniam & si pater voluisset quempiam alium nominare, neutiquam potuisset: siquidem a prima vxore obtenta filiis primi matrimonii seruare tenetur, nec illã in fauore cuiuspiam alienare potest, vt iam supra probauimus. Rectius est igitur in hac specie intelligere quod pater intestatus decedens visus est se conformare cum l. dispositione, & consequenter filiam primi matrimonii nominasse, vt facere necesse habebat, vt in specie reperio resoluisse Alexan. *lib. 5. consf. 119. num. 5.* qui nominatim in emphyteusi materna loquitur, de eius consensu a domino directo reformata, sibique & marito concessa, & pro eorum, & cuiuslibet alterius filiis (hæc enim fuit concessionis forma, *de qua ibi Alex. agit*) & nihilominus resoluit, emphyteusim adiudicandam esse filiis primi matrimonii, omnino exclusis liberis, ex secunda vxore procreatis, ex regula *d. l. Fœmina, & d. l. generaliter. C. de secundis nupt.* At quia concessionis dominicæ verba respicere, etiam filios solius mariti videbantur: quia scilicet fuit emphyteusis concessa pro filiis alterius tantum, vtiliter respondet Alexan. eam vocationem filiorum alterius, tantum esse intelligendam ordine successiuo, quando non extabunt communes vtriusque liberi. In quorum defectum, inquit Alexan. admitti possunt filii secundi matrimonii.

41 Citat † in argumentum Alex. eo loco, *num. 8.* a Bart. tradita *in l. Iurisiurandi. §. si liberi. ff. de operis liber.* notabiliter resoluentem, quod vbi quis accepit emphyteusim pro se, & filiis suis masculis, & fœminis, hæ solum admittuntur ordine successiuo, non extãtibus masculis, vbi adest statutum, quod filii masculi excludant fœminas, secundum quod quidem statutum regulata emphyteutica concessio, quamdiu adsunt masculi, fœminæ submouentur, secundum ea, quæ traduntur *in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de lib. & posthum. tradit idem Alex. lib. 4. consi. 15. & lib. 5. consi. 9. Bart. consi. 60. Tiraquell. in l. si vnquam. verbo, liberos, num. 84. C. de reuoc. dona.* cui adde Corn. *consi. 26. & 41. lib. 4. Curt. de feud. 4. part. num. 18. Bertrand. consi. 15. quæst. 7. lib. 1. Guliel. in c. Raynutius, verbo, duas habens, num.* 177. *Alciat. lib. 1. de verbo. sign. pag. 10. & lib. de præsumt. regula. 3. præsumt. 32. num. 4. ita firmat Rimin. lib. 1. consi. 187. num. 9.* sed loquitur, quando adest statutum, quod præcedant masculi. *& nos infra adnotabimus, tit. 63. §. 5.* Sic itaque in casu quem tractamus, inquit Alexan. respondendum est, extantibus filiis primi matrimonii, submouendos esse liberos secundi, qui tunc demum poterunt admitti, vbi nulli extabunt filii primæ vxoris, a qua emphyteusis processit. Citat in hanc sententiam Alex. *in d. consf. 119. lib. 5.* Bald. *in l. fin. C. de suis & legit. hæred. & l. Liberti, C. de operis libert.* Anchar. & quosdam alios prorsus resoluentes, quod ordine successiuo videntur fœminæ vocatæ. Sic ergo in casu nostro præualere debet filia fœmina, ex priore vxore nata, siquidem ab ea pater emphyteusim accepit consentiente, quod illam in fauorem mariti, qui alias extraneus erat eam reformaret dominus directus, *vt id d. consi. 10. probat Alex.* Iuuat hãc opinionem text. memorabilis in *c. mulier, si de feudo fuer. controu.* vbi probatur in feudi successione concurrentibus filiis primi & secundi matrimonii, præferendos esse ex prima vxore conceptos, quem ad id cõmendat Cur. *lib. feudorum. 3. part. nu. 27. & Soarez. in l. Quoniam in prioribus. fol. 25. col. 1. ad fin. C. de inoffic. testam. & in d. c. mulier adnotauit Afflict. num. 16.* qui casus licet quodammodo rigorosus videatur, & contra iuris communis regulas, nihilominus tamen casui nostro non modicum præstat argumentum, attenta dispositione tex. *d. l. fœmina, & l. generaliter. C. de secundis nupt.* cuius ibidem Affli. meminit. Fouet etiam eorum resolutio, qui probant ad ius, & potestatem retrahendi rem maternam, id est, procedentem a matre, præferri filios primi matrimonii, *vt adnotauit gloss. verbo, en igual grado. in l. 13. lib. 3. tit. 10. Foro. ll. fol. 104. col. 4. tradit Tiraquell. lib. de retract. Ligna. §. 14. gloss. 2. Afflict. in cap. 1. §. 1. qui feud. dare poss. nu. 21.* ex quibus profecto hæc probabilis redditur ad l. Regiam, *d. §. 3.* limitatio vtilis quidem, & in praxi frequens.

Secundum quam etiam aliquando respondi in fauorem secundo geniti nati ex secunda vxore aduersus primogenitum ex priore matrimonio procreatum, si modò materna est emphyteusis, ex ratione supra proxima.

Caue † tamen, quia Alex. sententia *d. consi. 119. lib. 5.* reddi suspecta potest, si consideres, quod emphyteusim, de qua agimus, a domino magis, quã ab vxore maritus capit, ex regula *l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* Quocirca cessare videtur Alex. argumentum, ex eo concedentis emphyteusim filio primi matrimonii, quia a matre secundo nubente illam accepit maritus. Quare inquit, seruanda est filiis primi matrimonii, *ex regula l. fœmina. & l. generaliter. C. de secundis nupt.* quæ in bonis liberis, seu allodialibus procedere recte potest, quæ ab vxore collata in maritum quocumque titulo seruanda sunt filiis communibus, quia ab vxore videtur maritus capere, cuius oppositum in bonis emphyteuticis obtinet, quoniam hæc a domino directo magis ille capere videtur, licet mediante vxore capiat, *per d. §. 1. l. vnum ex famil. ff. de leg. 2.* quã sententiam fouet nimis lex Regia, *lib. 4. tit. 77. §. 10.* vbi in terminis habetur, renunciatam rem in manibus domini, vt illam de nouo filio concedat, adeo a domino profectam esse, vt conferre illam filius non teneatur, ex supra scripta nempe ratione, quia a domino non a parente ille capit. Quapropter videtur hic casus longe alienus esse a casu *d. l. fœmina, C. de secundis nupt.* quæ loquitur, & procedit in re libera, & exemta ab vxore in maritum collata, & e conuerso a marito in vxorem. 42

At † nihilominus a priore sententia intelligo, nullatenus recedendum esse, quia vbicumque actus duabus potest personis tribui, illi maxime tribuitur, cuius res est, & absque cuius assensu illa in alium transferri non potest, vt Imperator probat *in l. penult. C. de inoffic. dona.* vbi habetur donationem ab vxore factam de bonis mariti consentientis, marito magis quam vxori tribuendam esse, quasi ab eo factam: quo argumento in casu nostro, vxori tribuenda emphyteusis mariti acquisitio est, quam ille ex vxoris assensu, aliter non ha- 43

biturus consequitur. Idque verum esse prnbat quidem tex. vnicus *in c. vno, in fine, de vasallo decrepita ætatis.* quo probatur feudum renunciatum in fauorem filii, qnn de illn a dnmino inuestiatur, paternum esse, & a patre profectum dici, *Bart. in l. quod dicitur, ad finem. ff. de verbor. obligat. Iaso. in l. si mihi & Titio, col. fin. ff. de verbor. obligat. & Palat. in rubrica, de dona. inter vir. & vxorem. §. 30. ante num. 7.* Nec text. *in d. §. 10. lib. 4. tit. 77.* nbstat, si cnnsideres, qund loquitur, & procedit in renunciatione bonnrum de corona Regia in manibus Regis facta, quæ extra regulam est, *ex adnotatis in l. Cum multa. C. de bonis quæ liberis.*

SVMMARIA.

1 *Mortis caussa capit filius, emphyteusim.*
Emphytensis plures coutinet concessiones.
Refutatio patris filio non nocet.
2 *Filius emphyteusim consequitur, ex propria non patris persona, ideo illi non nocet patris refutatio.*
3 *Pater filio non nocet in emphyteusi, quia ab eo non capit sed a domino.*
4 *Alterare formam concessionis, in præiudicium filiorum, pater non potest.*
Stipulatio facit im tertio quæsitum irreuocabile.
5 *Filius potest acceptare emphyteusim, ex primo titulo, & reycere secundum.*
6 *Vxoris consensus est necessarius, quando emphyteusis pro filio vtriusque concessa, extenditur in perpetuum.*
7 *Mandati forma seruanda est.*
8 *Filiis suis non alienis, voluit vxor prouidere.*
9 *Fideicommissum debetur solum familiæ natæ non futuræ.*
10 *In concessione pro marito, & vxore, & suis filiis, emphytensis ordine successiuo defertur.*
11 *Emphyteusim pro filiis vtriusq; concessam, extraneus non capit.*
12 *Concessa emphyteusis pro filiis, fœminis non debetur.*
Concessio a consuetudine interpretationem capit.
13 *Emphyteusis morte tertiæ personæ, extinguitur.*
Quod non cœpit, finiri, non potest.
Solus dominus opponit extinctam esse emphyteusim.
14 *Emphyteusis secularis, est hæreditaria, & in iudicio familiæ herciscundæ venit.*
Repræsentatio locũ habet, in emphyteusi hæreditaria.
15 *[illegible]phyteuta habet actiones cessas.*
Repræsentatio cessat, quando emphytensis morte extinguitur.
16 *Emphyteusis pro filio nominando, hæreditaria non est.*
17 *Maritus sine vxoris consensu, emphyteusim acquirit.*
18 *Pactum de retro, solus maritus, rem emens apponere potest.*
19 *Mandati forma dicitur obseruata, quando pinguius adimpletur, vel intentioni mandantis satisfit.*
20 *Secunda concessio, extante prima conualescit per extinctionem primæ.*
21 *Emphytensis hæreditaria, dicitur pro hæredibus concessa.*
Emphyteusis secularis, sua natura est hæreditaria.
22 *Emphyteusis hæreditaria potest vni prælegari.*
23 *Legitima non deducitur de re, pro tertia electa.*
24 *Ordinatio lib. 4. tit. 77. §. penultim. procedit, etiam in emphyteusi regalium bonorum.*
25 *Concessio pro suis filiis, includit, etiam filios secundi matrimonij.*
46 *Concessio pro eorum filiis, etiam filios secundi matrimonij comprehendit.*
27 *Filij primi matrimonij, si extant, præualent.*
28 *Dictio, suus, sua, suum præsentem, non futurum statum respicit.*
Secunda concessio, a prima regulatur.
Dictio, suus, est complexiua.
29 *Relictum vxori primæ tantum debetur, non secundæ.*
30 *Vxor secunda, & eius filij non vocantur, nisi illorum fiat mentio.*
31 *Filij primi matrimonij, continentur in concessione pro filiis suis.*
32 *Emphyteusis homini soluto, concessa pro filiis suis, etiam filiis secundi matrimonij debetur.*
33 *Emphyteusis pro filiis concessa, est diuidua in partes.*
Interpret. Ordi. Reg. lib. 4. tit. 77. & penult.
34 *Filius primi matrimonij, debet præferri.*
35 *Quando emphyteusis processit a matre, eius filij præcedunt.*
36 *Consuetudo pro primogenito.*
Successio est de iure positiuo.
37 *Secundum consuetudinem regionis, omnis concessio interpretatur.*
38 *Consuetudo est restringenda.*

QVÆSTIO XV.

EX his, quæ in præcedenti quæstione resoluimns, optime defendi potest, qnod anno 1578. dum hnnorabile aduocationis munere fungeremur, in hac suprema curia, in fauorem Ferdinandi de Freitas oppidi de Guimaranes, respõdimns aduersus arestum grauissimi Regii Senarus, qui lite mnta super amplissimn fundo, seu prædio rustico da Porcariça, aduersus Antonium de Cnsta reum, ab actoris petitione absnluendum esse decreuit: Supplicauit Regi, Ferdinandus, & commissa denuo caussa, & per alios Senatnres reuisa, prior sententia reuocata est. Casus est.

¶ Alphonso Rodetico do Amaral, Illustrissimus Dux Birgantiæ Prædium rusticum de P. emphyteusim, eiusq; vxori Philippæ de Freitas, & vni vtriusq; filio, vel filiæ nnminandæ. Deinde idem Alphnnsus, de consensu vxnris, nouam impetrauit a dnminn duce cnncessinnem perpetuam, in fauorem enrnndem, & nmnium filiorum suorũ hæredum, & successnrum. Post hæc decessit vxor, Antnnio de Freiras vnico superstite legitimn filin. Senex factus Alphonsus, ex famula quadam filiam suscepit naturalem, quam vt legitimam faceret, famulam in vxnrem duxit, filiamq; nuptuĩ Antonin de Costa tradidit, & emphyteusim prædictam, reseruatis ad vitã fructibus, in dotem dedit. Æquo hæc non ferens animn, ex prima vxore natus Antonius, viuo adhuc patre, litem mouit, petens virtute primæ concessinnis, tertiam se persnnam pronunciari post mnrtem patris, non nbstante secunda concessione, & a patre in fauorem filiæ facta cessinne: Dicebat enim eam nullam fuisse, quia matris suæ cnnsensus, ita fuit præstitus, vt solis eius descendentibus emphyteusis cnncederetur. Pnstea pater mortem obiit, & post eum Antonius filius: inchoatã sic litem, Ferdinandus eius filius, & primogenitus prosecutus est: aduersus quem lata est a Regiis Senatoribus sententia: Qua pronunciatum est, *in d. emphyteusis assecutione præferendam esse ex secundo matrimonio natam filiam*

liam a patre nominatam. Viso processu, dedimus sequentia.

Secundum formam, & tenorem primæ concessionis factæ in fauorem parentum, & vtriusq; filii nominandi, nemini dubium est actori fore emphyteusim hanc concedendam: siquidem in confesso est, ex eo coniugio illum tantum fuisse procreatum filium, nullumq; alium, quare in eo sine difficultate illa concessionis verificantur verba, *E pera hũ filho, ou filha dentre ambos, que o derradeiro, que delles mais viuer, nomear, &c.* Quæ verba negant quempiam alium nominari posse, nisi vtriusque ille sit, & ex eo matrimonio natus filius, vt l. Regia cauetur *lib. 4. tit. 63. §. 5.* vbi nos Deo dante, tractabimus, & resoluemus secundi matrimonii filios nominari non posse, quamdiu aderit prioris matrimonii gnatus aliquis. De qua certe resolutione, nec reus, nec Senatorum quispiam dubitat, missam tantum faciendam testantur, quia ab illa concessione fuit de partium assensu per secundam recessum, sed an recte examinandum est.

1 Angel. † post Dinum, *in l. apud Iulianum, §. si quis alicui. ff. de legat. 1.* resoluit, quod in his concessionibus emphyteuticis, *pro me, & filiis meis,* factis, videtur filii vocati post mortem meam, & propterea a domino mortis meæ caussa capiunt. Concordat Bald. ibi. & Bar. *l. mortis caussa capitur. ff. de donat. caussa mortis. Alciat. responso. 133. nu. 8. comprobat Couarruu. 2. part. rubrica de testam. nu. 26.* Quocirca, inquit Ange. duplex dicitur hoc casu facta concessio, quarum altera ipsum respicit acquirentem, altera vero filium post mortem successurum. *Tellius, in l. 27. Tauri, num. 2. argumento l. stipulatio ista. §. si quis ita stipulatus fuerit. ff. de verbor. obligat. iuncto. §. sequen.* vbi habetur tunc demum concessionem vsusfructus transire ad hæredem, quando etiam pro illo fuit interposita stipulatio. Quod idem habetur *in l. Cum antiquitas. C. de vsufruct. tradit Ias. nu. 3. & ante nu. 5. in d. § si quis ita, & nos inferius differemus in tract. de acqu. emphyt.* Qua ratione, quia filio est quæsitum ius ex dominica cõcessione, non est cur pater illi possit nocere, siquidem nec transigendo potest, *vt in l. de re filiorum. 10. ff. de transact.* conueniunt adnotata *in l. id quod nostrum. ff. de reg. iur. cum aliis quæ tradit Gomez. in regula. Can. de iure quæsito non tollendo.*

2 Nec † minus adstipulatur Bald. *in l. qui se patris, C. vnde liber.* probans in hac specie, filio acquiri ius segregatum omnino a iure patris, quod ille obtinet ex propria persona non patris, quocirca patris renunciatio in manibus domini facta, vt illi dumtaxat noceat restringenda est, ad ius, quod ille viuens obtinebat, firmo, & illibato manente iure filii, quod per se stat, a patris iure omnino separatum, vti voluere Aretin. & Decius, quorũ meminit Valascus *de iure emphyt. q. 49. nu. 6. versi. accedit, & q. 38. nu. 24. versi. adde secundo,* quod & Iacob. *lib. feudorum* tradit, *verbo, & vnus ex dictis, col. 2. in fine,* firmans hoc ita Paulum consulendo obtinuisse, ex ratione prædicta, quia plures sunt concessiones omnino segregatę, & per se stantes. quod etiam Socino placuit *cons. 50. num. 5. lib. 1.* & maxime admitti debet, si quo modo colligi potest, quod sibi tantum voluit pater nocere, *ex his, quæ notabiliter scripsit Ruinus, lib. 1. cons. 42. nu. 17.*

3 Qua † ratione vtiliter Bald. *in c. 1. col. 6. an agnatus, vel filius,* probat huic iuri, filio ex cõcessione dominica acquisito patrem nocere non posse, quia ab eo filius nõ habet, sed a domino. Quod in specie in emphyteusi locutus, probat Ancha. *cons. 309.* & hoc est quod voluit Paulus a Barba. relatus, *cons. 66. col. 5. in prin. lib. 4.* firmans patrem non posse nocere filiis, quorum est facta mentio in emphyteutica cõcessione, & si illa noua sit, & a patre acquisita. Et hæc sane est communis scribẽtium resolutio, *teste Curtio seniore cons. 24. a nu. 4. videndus, & quam plures alii,* quorum meminit Valascus, *de iure emphyteut. q. 49. num 6. versi. alii,* quam & ille sententiam ibidem sequitur *versi. sed quantum ego.* firmans hanc receptiorem sententiam esse, duram nimis, & rigorosam, intelligens esse cõtrariam, qua nonnulli putant posse patrem nihilominus filio nocere, quando ille primus est acquirens, & in fauorẽ filii emphyteusim fuit stipulatus, quemadmodum stipulari de iure potest, *secundum adnotata in l. quodcumque. §. non solum. & l. quod dicitur, in 2. ff. de verbor. obligat. Corn cons. 22. lib. 3. nu. 15.*

Ex † quibus plane infertur in præiudicium filii minime potuisse patrem primæ concessionis formam alterare, vt in feudis consuluit Ruinus, *lib. 1. cons. 48. nu. 11. & cons. 54. num. 4 eod. lib.* rursus, *& consi. 213. nu. 4. eod. lib 1. Iaso.* qui testatur communem, *cons. 213. nu. 4. lib. 2.* pluresq; referens Sylua. *cons. 15. nu. 40.* Quo argumento idem in emphyteusi est respondendũ, vt nominatim voluere Bald. Ang. & Paulus *in l. apud Iulianum. § si quis alicui ff. de leg. 1.* resoluẽtes in præiudicium filiorum emphyteusim refutare patrem minime posse. Quod omnium latissime tradit Corneus *cons. 68. col. 2. & 3. lib. 3.* firmans hoc ita voluisse Bar. consulendo, atq; etiam Specula. concinit Bald. *in cap. 1. §. porro qualiter olim feudum. & in l. cum a socero. ff. de iure dot.* vbi resoluit ius alicui post tempus quæsitum, etiam a paciscentibus tolli non posse, quando pro illo interposita fuit stipulatio, quod etiam probauit Imola *in c. potuit, de locato, col. antepenultim. versi. interdum.* Concordat Cuman *in l. qui Romæ. §. Flauius. ff. de verbo. obligat.* sic limitans Bart. sententiam, ibi, *tradit Decius consi. 239. num. 5. Gulielm. in c. Raynutius, verbo, si absque liberis. 2. num. 23. Gomez. in l. 40. Tauri, ante num. 31. Rubeus, consi. 117. num. 10. Gozadi. consi. 87. num. 14. Decius cons. 58. nu. 3. & 578 num. 12. Soarez. allegat. 19. fol. 166. Valascus de iure emphyt. lib. 1. q. 39. nu. 11.* Ex quibus sine difficultate liquet, minime potuisse patrem in filii perniciẽ emphyteusim pro eo stipulatam renouando alterare, & in emphyteusim perpetuam inter hęredes diuidendam reducere, vt Dd. probant *in d. l. apud Iulianum. § si quis alicui. ff. de legat. 1.* & est communis resolutio scribentium, *vt testatur Alex. consi. 106. nu. 4. lib. 4. Gratus cons. 22. nu. 9. lib. 1. Rimin. cons. 247. nu. 39. lib. 3. Rubeus in l. Gallus. §. & quod si tantum. ff. de lib. & posthu. n. 136. cum seq.* Et est ratio, quia quando ex cõtractu, vel occasione cõtractus, vel ex legis dispositione alicui est ius quæsitũ, (quemadmodũ contingit in casu nostro) in re, scil. aut spe, contrahentes in preiudiciũ illius tertii non possunt ab eo cõtractu recedere, *Bal. in l. si cõstante. C. de dona. ante nup.* & ibi est bonus casus, *versi. exceptis. iuuat bonus textus, in l. si. ff de pactis, & l. si post mortem. §. fin. ff. de bono. possess. contra tabu.* per quem notabiliter Bald. *in l. Filiam. ff. de Senator.* obseruauit iure mihi quæsito, ex facto tuo priuari me non posse contrario facto tuo. Quod idem voluit Bald. *in c. 1. col. 6. an agnatus, vel* 4

filium. quod idem Bald. fouet *in c. Imperialem, col. 4. de prohibita feudi aliena.* resoluens emphyteusim pro filiis concessam, vni prælegare patrem acquirentem non posse. Quæ fuit sententia Bart. *in l. Iurisiurandi. §. si liberi. ff. de operis liber. num. 6. & consi. 55. Bald. in l. 1. q. 3. ff. de rerum diuisione. Costa, & Valascus, de quibus supra, q. 12. nu. 52. & Alex. lib. 3. consi. 8. nu. 15. Cur. lib. feudorum. 4. par. nu. 131.*

5 Quo † argumento in specie, quam tractamus, vtiliter quidem Alb. *in l. fin. C. de iure emphyt.* quærit de quæstione, pater habens emphyteusim, ad quã filia potuit admitti, mutato titulo, eandem a domino, titulo feudi accepit, secundum quem propter feudorum naturam filia suceedere neutiquam potest. *c. 1. §. & quia. qui feudum dare poss.* Mortuo deinde patre filia emphyteusim vigore primi tituli emphyteutici petit: dominus repellendam virtute secundi contendit: pro filia Alber. resoluendum arbitratur, sequitur ibi Iaso. *in fin. verbis.* Quorum sententia iustificabitur nostra intentio, si consideres, quod secundus titulus, de quo agimus, fuit productus ad confirmationem, & augmentum primi, qui in tertiam personam, pro filio, vel filia vtriusque concessus, fuit extensus in fauorem omnium liberorum in infinitum. Qua ratione ita interpretari necessario debet, vt augmentum producat his, qui in prima concessione seu titulo erant comprehẽsi; diminutionem vero nullam, ex regula *quod fauore, de legibus*, & quia inducta ad augmentum non possunt operari diminutionem, & sic effectum contrarium, *l. legata inutiliter. 14. ff. de adim. lega.* Quod maxime in hac specie procedit, in qua agimus, de interpretando titulo secundo reformante priorem, qui necessario debet intelligi secundum qualitates primi tituli, per secundum reformati, *ex his quæ scribit Iaso. in l. 1. C. de iudic. & in l. lecta. ff. si certum petat. Ferrariens. in sua praxi. forma. 34. de reformatione feudi, verbo, nec superstitibus, col. 8. versi. deinde, & illud. Socin. lib. 4. consi. 38.* qui vtiliter resoluit concessionem emphyteuticã renouatam a domino directo, prodesse posse vocatis in prima, sed nocere minime, *tradit Decius consi. 498. num. 17.* Ex quibus proculdubio respondendũ est in fauorem A. ferendam esse sententiam, siquidem secundum formam primæ concessionis, illi adiudicanda erat, quia vtriusque emphyteutæ filius, nec secunda concessio reformatoria primæ illi in aliquo nocere potuit, per hic scripta.

6 Idque † obseruandum necessario fatendum est, si consideres, quod iste secundus titulus fuit concessus, & consequenter primus renouatus, citra vxoris Philippę de Freitas assensum, qui necessarius erat, & si concedamus veriorem esse eorum sententiam, qui putant libere posse patrem acquirentem simul cum domino, filio in emphyteutica successione nocere, *vt post Bart. ibi tradunt Dd. in l. quis Romæ. §. Flauius. ff. de verbor. obligat.* Hanc enim opinionem, qui probant, intelligunt oportere, quod omnium contrahentium consensus concurrat: in his autem Regnis solus maritus inconsulta vxore de bonis immobilibus disponere non potest. l. Reg. *lib. 4. titu. 6.* quam in hac materia procedere, sine dubio respondendum est, præsertim si teneamus aduersarii sententiam firmantis per secundam hanc concessionem, a prima recessum fuisse, & propterea de illa nullam prorsus mentionem faciendam esse, quod ea potest ratione defendi, quia impetrans secũdum titulum videtur remittere primum, secũdum quod habetur *in cap. si qui duas, de electi. in 6.* quod efficere solus maritus, per d. l. Regiam non potest, & si in meliorem statum emphyteusim ducat, *vt habetur in l. fin. C. de vsu. & habi.* ibi, *etiam rem in meliorem statum commutata.* Bona enim immobilia maritus, etiam vtiliter, inconsulta vxore, alienare non potest, *vt nos in cõmento l. Reg. lib. 4. tit. 6. adnotauimus, & infra statim tractabitur.* Quocirca secunda, de qua agimus concessio, vel nulla censenda necessario est, vel saltem ita interpretanda, ne quo modo noceat Antonio de Freitas Actori in prima concessione vocato.

Sed † video dicentem aduersarium, hanc secundam concessionem de consensu vxoris fuisse ab Illustrissimo Duce Birgannę impetratam, vt ex mandato in actis producto liquet, quo ad id specialiter Alphonsum maritum procuratorem constituit: Quare cessare videtur prædicta omnia. At non cessare replico, imo magis a nobis scripta cõfirmari, quoniam dicti mandati formam maritus non obseruauit: In eo enim mandato vxor Actoris mater voluit, & declarauit, velle se emphyteusim renouari, in fauorem filiorum vtriusque, & sic ad perpetuam concessionem temporalem reduci voluit, suis dumtaxat prospiciens descendẽtibus, non alienis. Videatur mandati forma, & verborum cõtextura, quam maritus minime obseruauit, emphyteusim qui reformari fecit, in fauorem extraneorum, quorum respectu vtique nihil prorsus actum est, ex regula *l. diligenter. ff. manda. c. cum dilecta, de rescriptis*, vbi lato agit sermone Feli. 7

Eo † enim ipso, quod vxor voluit suos ad huiusmodi emphyteusim vocari descendentes, sine dubio voluit extraneos, & consequenter natos ex secundis mariti nuptiis excludi: de his enim illa nec cogitauit, nec si cogitasset vllo modo credendum est, voluisse eos cum suis posse concurrere, argumento notatorum *in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. & in l. cum auus. ff. de condit. & demonstrat.* bonus tex *in l. matrimony. ff. qui, & a quibus*, ibi, *quasi de his nuptiis senatus senserit, quæ post matrimonium nullis aliis interpositis secutæ sunt.* Iuuat regula *l. boues. §. hoc sermone. ff. de verbor. signif.* vbi verba simpliciter prolata intelliguntur de primis tantum nuptiis egisse, quod in his terminis eo maxime procedit, in quo propter secundas nuptias anima coniugis defuncti contristatur, & iniuria affecta dicitur: quare de illis, in quibus tristis inest euẽtus, neutiquam cogitatum fuit, secundum quod resoluit Curti. Seni. *consi. 2. num. 2. habetur in l. inter stipulantem. §. sacram, de verbor. obligat.* 8

Ex † quibus profecto resoluitur, huius secundæ concessionis verba, vt intentioni contrahentium conueniant, maxime vxoris, ita interpretanda fore, vt solis filiis iam eo tempore natis, vel saltem ex eo matrimonio nascituris prosint, & ad eos restringantur, non vt alterius matrimonii includant, de quo quidem per supra scripta constat, nequaquam fuisse cogitatum, *vt tradit Iaso. in l. certi condictio. §. si nummos. num. 18. ff. si cert. petat.* Fideicommissum enim cognatis relictum dumtaxat petunt illi, qui testamenti tempore, vel saltem mortis sunt iam nati, non vero postea nascituri, *l. si cognatis. ff.* 9

tis.ff.de rebus dubiis, l.cum ita.§. in fideicommisso.ff. de leg. 2. & vtrobique Bart. & Dd. Quare sic in proposito dicendum est, emphyteusim, de qua agimus, solum posse petere filios natos tempore concessionis, vel saltem nasciturος, vsque ad tempus mortis alterius coniugis, & sic ex illo, non altero matrimonio cõceptos, qui defuncto coniugi in odio sunt, *secundum quod Carti. supra citatus tradit, & Dd. in rubrica, C.de secundis nupt.*

10 Insuper † in huiusmodi concessione facta pro marito, & vxore, suisque filiis certi iuris est ordine successiuo dandam, successionem esse, & consequenter primum locum parẽtes obtinere, secundum filios, tertium nepotes, & sic deinceps *in d.l. cum ita.§. in fideicommisso.ff.de leg.2. l. Peto.§. fratre, & l. cum pater, §. a te peto.eod.titu.* tradunt scribentes, qui nominatim in emphyteusi loquuntur, *in l. Gallus. §. quidam recte.ff.de liber. & posthu.* Insuper secundum quod in d.iuribus habetur, hi præcedunt, qui nominatim vocati sunt: qua ratione cum in concessione, de qua agimus, reperiantur vocati ordine successiuo post parentes filii Alphonsi, & Philippæ vxoris (qui est actor) sine dubio is præcedere debet, qui vtriusq; est filius: siquidẽ in eorum fauorem concurrunt vltra cõtrahentium voluntatem tam clara iuris principia, quibus hæc sane iustificatur intentio, & caussa: & si cõcedamus quod verba concessionis apta sunt cõprehendere filios alterius tantum, & sic ex secũdo matrimonio natos, præualere debent, ex vtroque concepti, quasi fortiori vinculo coniuncti, & quos æquitas, iurisque promta ratio souet.

11 Nec † multum abest, quin hanc sententiam probet. *l.Reg.lib.4.tit.63.§.5.* negans ad emphyteusim concessam pro filio vtriusque coniugis, posse, quempiam extraneũ nominari, quoniam ea concessio eum excludit, vt nos ibidem adnotaturi sumus, & probaturi idem obseruandum fore in cõcessione facta pro eorum filiis, & si hæc aliquantulum latius patere videatur, non tamen emphyteusim sub ea forma concessam obtinebit secundi matrimonii filius, quamdiu extabit alter ex primogenitis, *vt in d.§.5. adnotabitur*, & ex Ange. sentẽtia deducitur, *in l. Nuper. C. de natu.libe.* resoluentis, legitimationem per subsequens matrimoniũ superueniẽtem, & si retro de iure trahatur filiis medio tempore legitime conceptis, nequaquam nocere, quibus iam est ius quæsitum, *sequitur Barba. consi.18.nu.4.lib.2.* Præualere enim debet primi matrimonii filius, qui duplici nititur vinculo, *vt nos iam supra in prima part. huius tractatus adnotauimus in materia renouationis emphyteutic&concessionis.*

12 Denique † in fauorem A. contra ream erat necessario respõdendum, quamuis illa vtrinq; coniuncta foret, & ex primo matrimonio nata; siquidem cõstat concessionem factam fuisse pro filiis, quę ad fœminas non extenditur, secundum communem de qua Iaso. *in l.2.C.de iure emphyt.nu.192. & nos infra suo loco tractabimus.* Quod maxime in his concessionibus bonorum regaliũ obtinet, in quibus ex antiqua consuetudine prouinciæ masculus primogenitus, ceteros excludit etiam vtrinq; cõiunctos fratres, vt late in actis comprobatum est: secundum quam cõsuetudinem debet concessio, de qua agimus interpretari, *argumento notatorũ in l.rel vniuersorum.ff.de vsur. Alex. consi.124. col.2.lib.5. l.si de interpretatione.ff. de legibus, c. cum dilectus, de consuet. Anch.consi.437.col.1. Decius, in c.1.nu.37. de postu.præ. Valasc. us.lib.de iure emphyt.q.41.nu.4. & 50. post nu.31. Boer. q.63.sub nu.7.* vbi quod omissum ex consuetudine suppletur.

His sane argumentis, & rationibus ferenda in fauorem actoris erat sententia. Video tamen integerrimis Senatoribus oppositum verius visum fuisse, & propterea ream a petitione Actoris absoluisse, sed an recte fuerint moti, examinandum a nobis est.

Mouebantur † peritissimi Senatores, ex eo, quia prima concessio, qua Actor nitebatur extincta omnino erat, per mortem Antonii de Freitas, ex primo matrimonio nati filii, qui secundum primæ cõcessionis formam, prætendebat iure se tertiæ personæ fruiturum. Fuerunt n. Alphonsus, & Philippa de Freitas parentes, secundũ concessionem primam, de qua quæritur prima, & secunda persona, & eius filius Antonius tertia. Quocirca eius morte ea fuit extincta cõcessio, & consequẽter vtile dominium, & ex eo vtilis caussata, & producta actio, quæ cum morte Antonii omnino extincta reperiatur, in filium Ferdinandum eius hæredem, & litem modo prosequẽtem transire non potuit, ex regula *l.lex vectigal.ff. de pigno.* Quamobrẽ Ferdinandus filius actione carens reali audiri non potest, quamuis verum sit, quod aduersus dominum actione personali, emphyteusim sic extinctã, vt renouet, & reformet agens audiri debet, *vt nos late in tract. de renouat. diximus.* Repelli itaq; Ferdinandus tanquam actione carẽs debet, *per regulam l.si pupilli.§. videamus.ff. de negot.gest.* Quamuis non desint peritissimi alias aduocati intelligentes, quod in hac specie quam tractamus, tertia vita in persona Antonii extincta non fuit, quia nunquã incepit *l. Titio vsus.ff.de condit. & demonstrat.* Qua ratione intelligunt ius tertiæ personæ adhuc in persona Ferdinandi eiusdem Antonii filii, & hæredis perdurare. Nihil enim vt aiunt, Antonio patri imputari potest: Siquidem aduersariorum litibus, & iniusta emphyteusis detentione impeditus fuit vti, & frui suo tertiæ personę iure, durum namque firmant, & ab omni ciuilitatione alienum extinctam dici posse tertiam personã in eo, qui aduersarii, & dominicã concessionẽ incipere non potuit, *Bar. l.cum ipse.ff. de excusat.tuto. vbi bona additio Panor. in c.tum ex literis, nu.13. de in integ.restit. habetur in l.intra vtile.40.ff.de mino. & ibi gl. Bart. & Dd. communiter. Ioachim.centuria.2. obseruat.99.glo. verbo, finiri, in clem. vna, de in integr.restit.* habetur etiam *in l fin.C.de adult. & in l. quinquaginta.41.ff. de excus.tuto. & in l.si cui. vbi Bart. & lata addi. eod.tit.* Quod eo maxime dicunt admittendum, quia exceptio, quod emphyteusis est extincta a solo domino directo obiici potest, *vt adnotauit glo.l.2.ff.si ager.vectigal.*

Inducũt † etiam pro hac parte aduocati, quod 14
alibi scriptũ est, emphyteusim secularem sua natura hæreditariã esse, quamuis simpliciter sit concessa nulla hæredum facta mentione: quapropter sicut, & cetera bona hæreditaria, venit in iudicio familiæ herciscundæ, *l. item prædia.ff.familiæ. hercisc. Bar. & communis in l.quod dicitur.ff. de verbor.oblig. Gaieaula, in l.Gallus.§. quidã recte.n.31.ff.de lib. & posthu. & ibi Rubeus, n.149.* Quapropter cum emphyteusis sit hęreditaria, necessario repræsentationẽ patitur, per

quam filius patris locum ingreditur, *Rubeus in d. loco. num. 135. Alex. consi. 129. col. fin. lib. 5.* Plumbi. *consi. 5. Valascus de iure emphyt. quæst. 50. num. 5. versi. in emphyteusi. & seq.* Qua ratione decedente patre, eius filius illum repræsentans debet tertia persona censeri, *secundum præfatos auctores, & Corneus consi. 24. col. fin. lib. 2.* cui consentiunt plures a Tiraqu. relati, *lib. de primogen. q. 40. nu. 21.* quæ sane argumenta placere non possunt.

15 Præsuppununt † enim, dari posse quartam vitam, vbi in tertiam tantum fuit emphyteusis concessa, quod admitti nullo modo potest, nec litis motæ impedimentum potens est quartam inducere vitam contra côcessionis emphyteuticæ formam. Id vnum tantum admittere licebit posse tertiæ personæ hæredes, aduersus impedientes actione in factum agere, aut de dolo ad fructus, & interesse, quos pater potuit, impeditus si non foret habere, argumento notatorum per Ias. *in l. dedi. §. quanquam. ff. de condit. causs. data. num. 21.* Nec quod dicunt a solo domino directo posse hanc exceptionem finitæ emphyteusis apponi ad rem facit, quoniam exceptio omnino exclusiua iuris agentis a tertio opponi recte potest, cum sit reus, & actorem excludat. *Soci. in l. 2. ff. de except. rei iudic nu. 7.* Quod in hoc præsertim casu procedit, in quo Rea emphyteuticam habere côcessionem, per quã iura dicitur habere cessa, & vtiles actiones, *vt iam alibi adnotauimus, & tradit Lusitanus Valasc. de iure emphyt. quæst. 14. ante num. 11.* Nec quod de repræsentatione dictum est obstat, quoniam solum procedit in his, quæ ad hæredes sunt transmissibilia, in quibus ea datur repræsentatio, non sic in vsufructu, & similibus, quæ morte patris extinguuntur. *§. finitur. instit. de vsufruct.* Quocirca pater cum sit tertia persona, & eius morte emphyteutica concessio extinguatur necessario fatendum est repræsentationem cessare: Aliter contra voluntatem contrahentium emphyteusis concessa in tertiam generationem, seu vitam, in quartam prorogaretur, quod absonum esse nemo ambigit.

16 Nec † in his Regnis admitti potest emphyteusim secularem concessam, pro filio nominando, hæreditariam esse, & consequenter ad instar aliorum bonorum patrimonialium ad iudicium familiæ herciscundæ trahẽdam. Scimus enim, quod in his Regnis oppositum vsus, & praxis obseruat, *per l. Reg. lib. 4. titu. 77. §. 23.* vbi nominatus filius ad huiusmodi emphyteusim preciũ dumtaxat, quo illam pater emit conferre tenetur, & in iudicium familiæ herciscundæ deducere, non ipsam emphyteusim, quam a domino magis, quam a parente habere dicitur filius. Qua ratione in his Regnis illa tantum emphyteusis hęreditaria censenda est, quæ pro hæredibus concessa est, *vt lib. 4. titu. 77. §. penult.* Ex quibus sic explicatis plane constat Ferdinandum Actoris filium iuuari prima illa côcessione non posse: siquidem morte patris fuit protinus extincta. Quapropter id vnum tantum tractandum est, *an secunda concessione iuuari Ferdinandus valeat, & secundum eius formam, & tenorem præferri sorori paternæ debeat, an vero illa a patre electa, & nominata prævalere debeat?*

17 ¶ Dubium † est, *an secunda concessione iuuari Ferdinandus de Freitas potuerit.* Secundam hanc concessionem in perpetuum pro filius, & hæredibus factam, *vt supra adnotauimus*, impugnat ex eo, quod citra vxoris consensum fuit impetrata, in sui, ac filii primogeniti præiudicium, Rea vero oppositum, ex sequentibus probat.

Primo inquit, quia maritus absque vxoris consensu potest bona emphyteutica sub annuo canone soluendo acquirere, vt anno salutis. 1533. Regia pragmatica sancitum fuisse, constat *Repertorio Ordin. verbo, marido,* & probat Valascus *de iure emphyt. quæst. 35. num. 5. & praeced.* idem probans in minore, & est huius rei in promtu ratio. Scimus enim, quod in contractibus, maxime id attenditur, quod principaliter agitur. *l. si quis nec caussam. ff. si certum petat. l. 1. §. idem Pomponius. ff. depositi. Alexan. cons. 18. col. fin. lib. 3. Decius cons. 4. col. fin.* Quãdo enim maritus emphyteusim acquirit, nemini dubium est, illum principaliter niti suam atque suorum conditionem meliorem facere (quemadmodum re vera facit.) Ergo, & si obliget vxorem ad illam pensionem annuam persoluendam, id considerari nequit: siquidem id contingit per quandam consequentiam, necessariam. Est enim de essentia huius contractus emphyteusis, quod annua pensio soluatur, *secundum adnotata in l. 2. C. de iure emphyteut. & in §. adeo, instit. locati. atque in c. potuit, de locato, tradit Valascus de iure emphyt. quæst. 1. num. 7. & latius, quæst. 11. & nos iam supra suo loco adnotauimus.* Cum itaque maritus in hac specie principaliter agat acquirere, & acquirat, annuæ præstationis obligatio in côsideratione esse non potest, secundum quod obseruauit Bart. in *in l. 1. ff. de auctoritat. tutorum nu. 6. & 7.* firmans, patrem non posse auctorare filii donationem sibi directo factam: attamen vbi per consequentiam ea donatio ad patrem pertinet, quia directo filius fratri donat, auctoritatem præstare recte potest. Quo argumento hoc ita in specie voluit Gonçalus Valascus nostræ Portugalliæ decus, *in l. 1. §. fuit quæsitum. ff. ad Trebell. fol. 36.* quo sane loco citare debuisset, legem Regiam hanc traditionem plane probantem, *lib. 4. titu. 77. §. fin. ibi, sendo ia casados.*

Potuit † etiam inducere, quod alibi scriptum 18
est, maritum emẽtem rem aliquam immobilem, posse in eodem emtionis contractu apponere pactum de retrouendendo, *vt tradit Tiraqu. in ll. Connub. gloss. 8. & num. 90. Pinellus de bonis ma. fol. 110. num. 53. & praeced. in 3. scilicet par. l. 1.* Quod & in tutore nomine pupilli emente obtinet, *vt tradit Cagnolus in l. 2. C. de pactis inter emt. num. 56. Valascus de iure emphyt. quæst. 35. num. 4.* quod & filio, seruo monacho, & similibus, obseruandum probat Curtius, *in l Seruus, num. 5. C. de pact.*

Hæc omnia non conueniunt, quia *(vt iam supra resoluimus)* non procedunt, quando maritus, vt acquirat, rem aliquam immobilem distrahere necesse habet: ad quam quidem distractionem, necessarius est vxoris consensus, non minus, quam in permutatione rerum immobilium ille exigitur, & si illa perutilis sit.

Qua ratione, non obstat, si dixeris, quod in hac specie maritus vxoris caussam meliorem reddidit, quia emphyteusim in tertiam tantum vitam concessam, in perpetuam extendi impetrauit, quam vtiliorem esse in confesso est: Idque omnes norunt, resque ipsa indicat, & Dd. probant *in cap. cum super, de rebus ecclesiæ*, negantes propterea ecclesiam

perpe-

perpetuam posse emphyteusim concedere quoniam (*vt iam proxime diximus*) hæc vtilitas non confirmat contractum alienationis, sine vxoris consensu factam. Licet non desint, qui incaute contrarium opinentur fore resoluendum, ex auctoritate Bald. *in l. nec. C. de contrah. stipulat.* resoluētis statuti dispositionē, quod mulier sine consensu propinquorum contrahere non possit, limitandam esse, quando illa sola sibi vtilem contractum fecit, probant Angel. & Imol. *in l. mutum. §. fin. ff. de acquir. hared. Viuius lib. opinio. commun. verbo, statutum. fallen. 11. pag. 125.* qui sane non aduertunt hanc traditionem non procedere, & admitti posse, quando statutum ob sexus muliebris fragilitatem, ne decipiatur illud, statuit: quo casu, vbi contractus vtiliter est gestus a cessante ratione statuti, sumto argumento in iure nostro valido, secundum adnotata *in cap. cum cessante, de appellatio.* Cessat & statuti dispositio, cuius oppositum obtinet in casu leg. Reg. *lib. 4. titu. 6.* quem tractamus, vbi vxoris exigitur consensus, non vt sexui succurratur, sed magis ne sine vxoris consensu bona maritus distrahat immobilia, quorum & illa pro parte est domina, quod quidem dominium sine facto, & consensu suo ab ea euelli non debet, secundum regulam. *l. id quod nostrum. ff. de regul. iur.* Qua ratione, & si alienatio vtilis sit vxori, non erit valida, nisi illa consentiat, & illam probet.

Quocirca † refellitur Rex fundamētum qua-
19 tenus dicit, quod in hac specie non est tractandū, *an forma mandati vxoris fuerit obseruata*, quia (vt ait) sine illo maritus potuit emphyteusim reformari, & in perpetuam prorogari facere: quapropter potuit vxoris mandatum spernere, & illius formam contemnere. *l. Diuus. ff. de iure codic.* Superflua enim, & ad actum minime necessaria minus solemniter adiecta non viciant. *l. vnica, in fin. princ. C. de rei vxor. actio. gloss. fin. in l. vinum. ff. si cert. petat. Felin. in c. cum ordinem, col. 1. de rescriptis.* Refellitur etiam hoc, quia falsum credimus, & erroneum in proposita specie potuisse, sine vxore maritum a prima recedere concessione. Insuper, & si posset, nullatenus illi licuit a forma mandati recedere, *per l. maritus, C. de procurat.* vbi maritus habens vxoris mandatum non potest illius formam excedere, quamuis de iure posset ille omnia gerere, & administrare, *secundum ibi tradita, & in l. doce ancillam. C. de rei vindicat.*

Hinc etiam refellitur, quod ex *l. non vsque adeo. ff. si quis a parente.* poterat satis durum, & iniquum videri, non posse patrem suam conditionem meliorem facere, emphyteusim impetrando perpetuam, quæ in tertiam tantum personam sibi fuerat concessa: propterea quod filius in prima concessione fuit vocatus, cuius præmatura spes, impedimento esse non debet: refellitur hoc inquam, quia vxor ipsa, quæ non consensit, impedimentum præstat, cuius fuit necessarius assensus, vt a prima concessione potuisset ille recedere.

Vides itaque quam plane liquet, non posse Ferdinandum prima concessione iuuari, quia per mortem patris fuit illa extincta; non item secunda in perpetuum concessa, quia (vt ille ait) & pater viuens dicebat, ea secunda concessio, ex vxoris consensus defectu, nullius est roboris, & momenti. Siquidem illius non fuit mandati forma seruata. Quamobrem sine dubio recte videtur ab integerrimis Senatoribus pronunciatum absoluendam esse ream a petitione Actoris, tanquam actione carentis.

Cuius tamen oppositum verius, & obseruandum esse duobus præcipue finalibus argumentis, & rationibus omni (meo iudicio) solutione maioribus reor, & intrepide resoluendum opinor.

Primo, quia perpensis verbis mandati proculdubio intelligo maritum formam mandati vxoris minime neglexisse, sed magis in ampliori forma, & vtiliori, concessionem impetrasse, quod vt liqueat plane adnotanda sunt verba mandati, ibi, *Com condição, que elle possa emprazar, & acquirir nouamente o dito casal, per titulo emphyteutico, pera elles, & seus descendentes, & ascendentes, primeiramente pera elle Afonso Rodriguez, & sua molher, & apos elles logo a vida seguinte, será Diogo de Freitas seu filho, & pera seus descendentes, & herdeiros, & ascendentes, & pera toda sua voz, & geração. Id est, vt ipse possit in emphyteusim accipere, & acquirere de nouo prædictum prædium per titulum emphyteuticum illis, & eorum descendentibus & ascendentibus, primum sibi Alphonso Rodriguez, & eius vxori, & post eos vita sequens erit Didacus de Freitas, eorum filius, & eorum descendentibus, & hæredibus, & ascendentibus, & vniuersæ eorum generationi.*

Quæ palam docent vxorem voluisse, emphyteusim concedi sibi, & marito suo. (quod executum fuisse extra, controuersiam est.) Clarum etiam est vxorē voluisse post suam, maritique mortem, Didacum de Freitas, communem filium vocari, eoq; mortuo eius descendentes hæredes, &c. Secundum quem sensum, sine dubio voluit excludere Actorem etiam communem filium: nam eo ipso, quod Didacum vocauit, hunc exclusit. *l. Maritus. C. de procurat. cap. Nonne, de præsumptionib.* Voluit etiam vxor, secundum verborum mandati tenorem, & contexturam (a qua recedendum non est, ex regula. *l. Non aliter. ff. de legat. 3.* maxime in cōtractibus, in quibus illa potuit apertius loqui, si voluisset, iuxta. *l. veterib. ff. de pactis. & l. Quicquid adstringendæ. ff. de verborum obligationib.*) quod post mortem suam, & mariti, hæc emphyteusis transiret ad lineam Didaci filii, & per eam descenderet, vt plane ex verbis relatis constat, ibi, *& apos elle logo a vida seguinte será Diogo de Freitas seu filho, & pera seus descendentes, &c.* Quocirca, sine dubio, voluit Actoris, eiusque lineam, & familiam submouere, quod sedulo aduertens pater, ne quo modo extincta Didaci filii linea, concessio maneret in ampliori forma emphyteusim fuit stipulatus, pro seatque vxore, suisque filiis, & hæredibus, & successoribus, secundum quam formam, quæ ad nullius filii lineam est restricta, ea concessa hodie extat, nec extincta est, aut forte extinguetur nunquam. Qua ratione, nephas esse videtur intelligere, quod concessio, de qua agimus, nullius est roboris, & momenti, propterea quod mandati vxoris forma obseruata ad vnguem non fuit.

Scimus enim mandati formam dici obseruatam, quando in effectu adimpletur mandantis intentio. *l. fin. ff. mandati.* Effectus enim mandati est cōsiderādus & attendēdus, *vt ait Bal. in l. si quis mihi*

bona.§.sed quid si mandauit,in fine,ff.de acquir. hared. & ibi Iaso.num.6 & Alexan.etiam 6.Iaso.in l.1.num.16.ff. de lib. & posthu.& in l.si procurator. num. 6. C.de procurat. Decius consi.77.col.3. Qua ratione Peralta *in l.vnum ex familia.§.sed si fundum,num.7.ff.de leg.2.* adnotauit in mandatis esse attendendam caussam finalem, non verborum conceptionem, quod voluit Pan. *in c.quoniam contra, de proba.num. 6. & Galeaula in l.1. §.fi.num. 2.ff.de verbor.obligat.* Porro intentio vxoris in casu nostro fuit, emphyteusim in tres tantum vitas obtentam in perpetuum extendi, & prorogari pro se,suisque descendentibus, & successoribus: cui intentioni fuisse satisfactum plane liquet, ex secunda impetrata cōcessione, quæ nihil aliud continet, imo, & pinguius, & multo plenius per eam fuisse prouisum constat: siquidem non fuit facta restrictio ad solam lineam vnius filii,sed magis in fauorem omnium liberorum fuit concessio impetrata, quo magis perpetua fieret, vt ad sensum patet. Quocirca non recte videntur loquuti, qui probant secundam cōcessionem (de qua agimus)nullam fuisse,& esse, quia mandati fines obseruati non fuere. Certi enim iuris est, mandati fines obseruatos fuisse, quando pinguius, quam in mandato continebatur,prouisum est. *l.pen.§.sed quid si ex parte.ff.de acquir.hared.Alex in l.Puberem.C.de iure deliber.Iaso.in l.1.§.si stipulanti, num.4.ff. de verbor. obligat. & in l.si procurator, num. 5. C.de procurat. idem Ias.in l.si quis mihi bona.§. sed quid si mandauit. ff. de acq. hared.nu.6.* Insuper mandatarius potest exequi,& facere omnia, quæ mandans interrogatus mandasset, & interrogatus fecisset, *vt resoluit Hippo. in l. 3.num.5.de parricid.Aymon.consi. 247.num.4.* Qui etiam ratione secunda concessio(de qua agitur)sine dubio defendi potest. Quis enim sanę mentis dubitat vxorem, mandaturam marito, ita emphyteusim acciperet, ne quo modo ab eius genere,& familia recederet, si interrogata fuisset, & sedulo monita,extingui facile posse emphyteusim, in fauorem vnius tantum filii, eiusque lineæ concessam,qui potuit cito decedere,& sine prole, quemadmodum obiit eius filius Didacus, cui illa prouideri mandauit? Proculdubio id negabit nemo.

At si dixeris, illam solum voluisse prospicere d. filio Didaco, in cuius præiudicium pater non potuit a mandati forma recedere, respondebo facile, hanc obiectionem ad solum Didacum pertinere,eiusque liberos, qui non extant, quoniam mortem ille sine vlla prole obiit. Ex quibus proculdubio (si mea sententia valet) caussa, quam tractamus,decidenda est, iuxta formam secundæ concessionis, quam ego validam, & firmam esse censeo, quicquid incaute aduocati A. hactenus contenderint, non attendentes ex prima iam per mortem patris extincta Ferdinandum sine actione agere.

20 Non † item attendentes, quod secundum iuris ciuilis veram sentētiam concessio emphyteutica a domino directo mihi, de re quam tu adhuc titulo emphyteutico possides, non omnino nulla est; imo mero iure tenet,& proinde extincto titulo tuo, firma mea concessio manet, & executioni mandari debet, *vt habetur in c.si quis quo tempore miles*, & ibi Bald. *num.6.* resoluit secundam inuestituram prima durante factam, extincta prima cōualescere, firmamque manere, *sequitur ibi Aluaro. ad finem.Prapos.cæteriq. feudista,tradit Roland.lib.1.consi. 2.num.44.* Conualescit enim ea inuestitura,ex iure superueniente sublato impedimento, vt quandoque in iure contingit, quod nos latius infra suo loco adnotabimus. Qua ratione,& si cōcedamus obtentam fuisse secundam hanc concessionem, sine vxoris consensu, siue etiam, præter formam mandati præstiti, vtique illa obtinet,& secundum eam decidi hic casus debet, siquidem constat primam concessionem morte Antonii finitam esse, a quo tempore cœpit secūda vires habere, & virtutem. Quod maxime in casu, quem tractamus, admittendum est, in quo cōstat Antonii matrem per plures annos vixisse,nec vnquam d.secundam concessionem improbasse, aut aduersus eam reclamasse: Quare magis acquieuisse, & comprobasse dicēdum est, cum præcipue vidit filium Didacum de Freitas, sine prole mortuum,*argumento notatorum in l.si filius.C.de petit.hared.& in l.si certis annis. C. de pactis. rursus, & l.cum de in rem verso.ff.de vsur.* Ex quibus sane ego multo aduocatis rectius intelligo considerasse ipsos Senatores, quatenus secundæ huic concessioni standum esse statuere. Non tamen probo, quod illi sedulo decreuere ream filiam ex secundo matrimonio natam ab Alphonso patre nominari potuisse, & propterea illi, non Ferdinando adiudicandam emphyteusim (de qua agimus) esse. Et quia hic est huius cōtrouersiæ punctus,& cardo,accommodanda nobis attentio est. Speramus enim plane ostendere incautos, & negligentes nimis fuisse A. aduocatos, qui neglecta forte librorū reuolutione multa, quæ in iure erant in fauorem A.citanda, missa fecere, quæ forte caussa fuit tam iniustę sententiæ, quam ipsimet Senatores, sine dubio, reformassent, si superstites adhuc fuissent, & quæ infra dicentur, audiuissent.

¶ Ad huius rei euidentiam, veramque cogni- 21 tionem, ponderanda sunt ante omnia huius secundæ concessionis verba, & eorum forma, quæ talia sunt:*Pera elle, & pera Filippa de Freitas sua molher, & pera todos seus filhos, & herdeiros, & successores.* Quibus sane verbis clarum est, hęreditariam hanc esse emphyteusim: siquidem pro hæredibus est concessa, secundum quod Dd. communiter probant *in l.Gallus.§.etiam si parente.ff. de lib. & posthum.Bart.in l.si tibi decem.§.si pactus.ff.de pactis. & in l.quod dicitur.in 2.ff.de verbor.obligat.rursus & in l. iurisiurandi.§ si liberi. ff.de operis liber. Canonista in c.in præsentia, de proba.Valascus lib.de iure emphyt.quæst.43.num.1.& 4.* Cui resolutioni non obstat, quod vocati sunt filii, quoniā hæc emphyteusis est secularis, cuius natura hæreditaria est,qua ratione, vocati filii, vti hęredes vocati censentur, vt in d.locis Dd. resoluunt, & Valascus *de iure emphyt. q.49. num. 2.col.3. in princ. & nos iam supra adnotauimus.* At quia ibi diximus hanc opinionem in his Regnis non obtinere, aduertendum est, id obseruandum, quando emphyteusis simpliciter concessa est,pro filiis,non adiecto nomine, hæredibus, secus vero, quando pro filiis,& hæredibus facta est concessio: In qua specie indubitatum est,hæreditariam emphyteusim esse,propter illam adiectionem, hęredibus, propter quam res reuertitur ad suam naturam, secundum quam emphyteusis secularis hęreditaria censetur. Quocirca l. Reg. *lib. 4. titu.77.§.32.* in hac concessione, pro fi-

pro filiis hæredibus, nun procedit, quia correctotia est, & tantum loquitur, quando emphyteusis est stipulata, pro filio nominando, vel generaliter, pru eo, qui nominabitur: non vero quã do pro filio hærede, qui est casus noster, & l. Reg. *lib. 4 tit. 77. §. fin. ad finem.* vbi id plane probatur verum esse.

22 Ex † quibus cum hæc emphyteusis hæreditaria sit, resoluendum necessario est, eum filium esse præferendum in illius assecutiune, quem pater nominauit, & præferri voluit, *vt tradit Iason. in l. 2. n. 201. C. de iure emphy. Crotus in l. qui Roma §. duo fratres ff. de verbo. oblig. n. 142.* & persensit Decius *in cons. 389. nu. 2.* oppositum, resoluens, quando emphyteusis non est hæreditaria. Et est huius rei ratio, quia quemadmudum pater potest filiis nocere in emphyteusi hæreditaria illam alienando, & distrahendo, prout communis prubat & indubitata sententia a Valasco tradita *in lib. de iure emphy. q. 49 num. 3.* ita vni potest ex filiis prælegare, taliter, quod ille cæteris præferatur, nec alius sit eligendus possessor, iuxta formam l. Regiæ, *lib. 4. tit. 77. § pen.* cuius dispositiu solum ubtinet, quando pater possessorem non elegit.

23 Iuuat † hanc sententiam Bar. *in l vt iurisiurandi § si liberi ff de operis liber.* vbi *numer. 6.* resoluit, l. berti operas ad omnes filios, & hæredes pertinere, nisi illas pater vni prælegauerit, *sequitur Imola in ca. potuit, ad finem, de locato, col. pen vers. & pro ista parte Alex. cons. 12. in fine lib. 5. Panor. in ca. Raynaldus, de testam. nu. 28. versic. secundo casu.*

Iuuat etiam, si consideres patrem in hoc casu, non solum filiam voluisse præferri, verum etiam illi tertiam, quam ex ea emphyteusi deducere potuit donasse, rem hanc pro ipsa tertia eligens, qua ratione ex ea deducere legitimam frater Autonius non potuit, nec eius filius Ferdinandus hodie potuit, *vt notabiliter resoluit Bal. in rubrica ff de rerum diui col. 1. Alexand. in l. in quartam ff. ad l falci. n 16 Iaso. in l. Scimus, Cod. de inoffi. testam numer 7 & in l Filium quem habentem, num. 17 C. familiæ hercis.* Quapropter necessario videtur resoluendum filiam, de qua agimus, præferendam esse, illique hanc adiudicandam emphyteusim fore, reseruata fratri per æstimationem satisfactione, *iuxta formam l. Reg. lib 4. tit. 77. §. pen & fin.*

24 Cuius † l. dispositio, etiam in his bonis regalibus obtinet, *ex l. commum diuidundo §. 1. ff. communi diui.* quæ in bonis fiscalibus loquitur, seu vectigali fundo cuuiuncta l. Regia, *hoc tit. 62. § pen.* probante emphyteusim bonurum regalium regulandam esse ab aliis priuatis, cui est similis *lib. 2. tit. 17. § 6.* Qua ratione negare non licet potuisse patrem filiam nominare, & illi hanc emphyteusim prælegare, cum huiusmodi res vectigalis possit in solidum vni assignari. *vt habetur in l idem Iulianus § hæres & l. Si domus §. fi. ff. de leg. 1. late Alex post Bar in l. Si patroni ff ad Trebel.* Vlterius, in his Regnis emphyteusis, etiam pro filiis concessa indiuidua est, & propterea solum per æstimationem inter filios diuiditur, *vt habetur lib. 4. tit. 77. § fin ad finem* Quare nus in hac specie negat communicationem inter maritum, & vxorem, concedens tamen inter hæredes per æstimationem diuisionem. Ex quibus profecto recte videtur fuisse pronunciatum in fauorem reæ. Cui minime nocebunt, quæ supra in fauorem actoris adduximus, si ad infra dicenda attenderis.

Diximus † primo clausulam illam, *pro filiis suis, & hæredibus*, restringendam esse ad filios primi matrimonii, & sic communes, quasi inter has cõcessiunes, nulla sit prorsus constituenda differentia, concedimus Petro, & Mariæ coniugibus, & eorum filiis, vel suis filiis, & hæredibus: quod agnouisse videtur l. Regia *in hoc lib. 4. tit. 63 § 5.* Caue tamen, quia l. illa Regia, *in eo § 5.* loquitur in concessiune facta pro marito, & vxore, & filiis vtriusque, hoc est, ex vtroque natis, quæ concessiu, sine dubio, dumtaxat respicit filios, ex eo matrimonio natos, non alterius coniugii. Dictio enim illa, *de*, vel *ex*, causam denotat immediatã, & concessionẽ restringit ad communes liberos, *vt ibi adnotabimus:* Cuius oppositum obtinet, quando fuit emphyteusis concessa pro coniugibus, & eorum filiis, vel suis filiis: Quę sane cũcessio includit etiam filios secundi matrimonii, qui non minus sunt filii acquirentis, quam nati ex primo matrimonio, vt eleganter resoluit Bald *in auth qui rem C. de sacrosan. eccle. col. pen. n 5 & in l. vna nu. 4 C de priuileg. dotis Boer. q. 276. Socinum in l. cum vir ff de cond & demonstr. n. 7. in fine* & ibi est bonus tex. *& in l. seq.* vbi maritus legauit vxori suæ centum in tempus filiorum, & intelligitur de filiis quouis tempore natis. Tantus est enim liberorum fauor, vt institutio posthumi facta tempore primæ vxoris comprehendat, etiam posthumum secundæ vxoris, vt est tex. notabilis *in l placet ff. de lib & posth.* per quem Alex. ad Bal. *in l. fin col 2. Cod. de indicta vidu tollen.* vnice docuit legatum annuum a me relictum vxori meæ ad secundam vxorem superstitem pertinere, quod idem probat Alexand. *lib. 2. cons. 171. & Boer q. 276.* Quæ optima profecto resolutio est ad casum nostrum, vt eodem argumento dicamus, non minus filiis secundi matrimonii, quam primi Alphonsum patrem, hanc emphyteusim stipulatum fuisse. 15

Quod etiam ex auctoritate Iureconsulti *in l. Si cognatis ff. de rebus dubiis* comprobatur, vbi docuit legatum cognatis relictum, tam deberi natis tempore testamenti, quam postea nascituris, vsque ad tempus mortis, & ibi adnotarunt gl. & DD. communiter, quia omnes sunt cognati *Oldra. cons. 212. gl. l. Tauri. 16. verbo, si muger fol. 50.* Sic etiam in proposito dicendum est emphyteusim pro filiis concessam, omnes filios vsque ad mortem nascituros respicere, quamuis ex secunda, vel tertia nascantur vxore.

Hæc † enim concessio, *Petro, & Maria coniugibus, & eorum filiis hanc emphyteusim concedimus*, sine dubio discretiue concepta videtur, vt sic tam cõmunes filios, idest, ab vtroq; natos, quam ab altero tantũ, idest, ex secundo matrimonio genitos, comprehẽdat non connexiue, vt sic communes tantum respiciat, quemadmodum respicit illa cõcessio, *pro filiis vtriusq;*, de qua cõcessione meminit Ord *lib 4. tit. 63* §. 5. quæ connexiue concepta dici potest, illa vero, scilicet pro eorum liberis discretiue, *vt in d. auth. qui rem ait, Bal & in d. l. 1. C. de priuileg. dotis n. 4. Soci in d. l. cum vir. & Boer. q. 176. ad fin.* vt ad idem citat Thom. Parpa. *in d. auth. qui rem*, concordat Roma *in l etiam ff. soluto mat. n. 17.* & Gregorius lupex *in l. 2. tit. 15. Parti. 2. verbo, sino el fijo mayor. col. 2.* inferens ad notabilem quæstionem, si prin- 26

ceps castrum aliquibus donauit coniugibus, pro ipsis & eorum filio primogenito, *an comprehẽdatur natus ex secũda vxore, seu secundo marito*, quærit. Et arguit primo, quod nõ, quia cõcessio videtur restricta ad natũ ex ipsis cõiugibus, & sic cõmunem, & cõsequẽter videtur exclusus ex alio matrimonio natus, argumẽto *l. filius a patre §. siquis ff. de lib. & posth. cum aliis, de quibus ibi*, tandem contrariũ probat, ex auctoritate Bal. *in d. auth. qui rem* addens huiusmodi cõcessionem videri factam coniugibus, & cuilibet eorum insolidum. Qua ratione superuiuens potest illa vti, & frui pro se, & suo primogenito ex secũdo matrimonio procreato. Quo etiam argumento vir doctissimus resoluit, licentiã constituendi maioriã coniugibus cõcessam prodesse nato ex secundo matrimonio, non obstante verbo, suo primogenito, de quo in concessione facta est mẽtio: quod verbũ licet sit cõplexiuũ, resolui potest, in discretiuũ, vt sic cõueniat filio, alterius tantum ex alio matrimonio genito, cui tu adde Corn. *libr. 4 consi. 236. lit. m.* & Paris. *lib. 1. consi. 6. n. 13. cum seq.*

Quæ profecto resolutio in hac specie, quã tractamus maxime videtur admittenda, in qua non simpliciter ꝓ filiis suis fuit cõcessio facta, sed magis pro filiis hæredib. quocirca videtur eadẽ charta bina facta concessio, quarum altera maritum, altera vero vxorem respicit, & eorum hæredes filios, quicunque sint, & ex quocunq; matrimonio nati: Quæ est ratio propter quam vsus, & praxis obseruat, mortuo altero coniuge huiusmodi emphyteusim, pro eius patre inter hæredes diuidi iuxta formã a l. Reg. traditam *lib. 4 tit. 77. §. pen. & fin.* Quod etiam si sine sobole moriatur obtinet. Extraneis enim hæredibus superstes coniux per æstimationem satisfacere tenetur.

Ex his comprobari posse videtur Senatorum Decretũ, seu arestum, quo proculdubio esse præferendam ream, ex secundo matrimonio natam filiam declararunt. At nihilominus salua pace, tantique Senatus auctoritate contrarium iudicandum erat, ex sequentibus.

27 Omnia † enim supra scripta facillime corruunt, cum animaduerto procedere tantum posse, quando filii ex primo matrimonio non extant, de quibus tam maritum, quam vxorem cogitasse pie credendum est, & pro illis principaliter stipulatos emphyteusim, de qua agimus, fuisse: nõ vero pro nascituris ex secundo matrimonio, quos illi odiosos esse in confesso est, *ex adnotatis in rub. C. de secundis nup. & in l. Fœmina, eod. tit. rursus, & in l. mater Cod. ad Tertullia.* Non insuper credendum est, quod de filiis secũdi matrimonii cogitarunt: siquidem per hoc inducimus, quod tristem sperarunt euentum contra *l. inter stipulantem §. sacram. ff. de verbo oblig.* idque verborum proprietas suadet, verum esse, *vt ex infra dicendis apparebit.*

28 Hæc † concessio, *Petro & Mariæ coniugibus, & filiis suis concedimus*, sine difficultate ad filios communes illius matrimonii refertur, & sic complexiue amborum filii videntur vocati, quod ex vi verborum deducitur, si consideres, hanc dictionem, *suus, sua, suum*, in aliqua oratione positam tẽpus præsens, non futurũ statum respicere *tex. est in l. Si ita ff. de auro, & argen. lega. Peralta in l. cum fundus, col. 1. ff. de leg. 2. Afflict. in consti. rubri. 24. numer. 5.* Ergo in casu nostro concessio facta coniugibus, & filiis suis restringi debet ad mommunes filios, non alterius matrimonii.

Quę etiam resolutio deducitur, ex prima concessione, pro filio vtriusque facta: a qua quidem secunda debet interpretationem accipere, vt similiter intelligatur facta, pro filiis, & hæredibus amborum: a primordio namque tituli posterior formatur euentus *l. vna §. lucratiuas C. de impub. lucra. libr. 10.* & ex vna clausula contrahentium voluntas declaratur in aliis *l. vtrum ff. de peti. hæredi. l. qui filiabus ff. de lega. 1.*

Iuuat, quod supra diximus, dictionem, *suis*, esse complexiuam, & proinde requirere vtriusq; concursum, & consequenter, quod filii sint communes, *l. cum vir vxori, & l. Si vir vxori, cum l. seq. §. fin. ff. de condi. & demonstra.* & hoc videtur tenuisse Imol. & post illum Ias. *in l. certi condictio §. quoniam nu. 18. ff. si certum peta.* quatenus voluere huiusmodi concessionem intelligendam esse de filiis natis tempore concessionis, nisi adsit consuetudo in contrariũ.

Adstipulatur † singularis in materia sententia Bal. *in l. fin. nu. 7. C. de indicta viduitate tollenda, vers. & nota*, qui simpliciter probat a marito concessionem factam vxori suæ, intelligendam esse de illa vxore, quam habebat tempore testamenti, non vero de alia postea ducta, quoniam verba donationis solum respiciunt præsentem vxorem, non futuram, de qua minime cogitatum fuit, per supra scripta, & per ea, quæ scribit Tiraq. *in prin. l. Si vnquam C. de reuo. dona. nu. 10.* firmans nec naturale, nec ciuile esse, sperare secundam vxorem, & ex ea secundos liberos, & ibi quibusdam confirmat, nõ parum facientibus ad rem argumentis, maxime tex. *in l. Siquid earum 47. §. fin. in fin.* ibi, *quia non est ita de posteriore vxore cogitatum ff. de leg. 3.* quibus verbis nititur Bal. *in d. l. fi.* resoluens, legatum factum simpliciter vxori non pertinere ad secũdam vxorem, *sequitur Cremensis sing. 8. Feli. in cap. 2. de tregua, & pace. Iason. Decius Panor. & Cotta*, quorum meminit Tiraq. *in d. princ. l. Si vnquam C. de reuo. dona. nu. 104.* quibus tu adde Seguram *in suis repet. fol. 111 col. 3. post pri. Couarru. in ca. requisisti, de testam. num. 3. fol. 120. & post eundem Tiraq. in l. boues §. hoc sermone ff. de verbo. sign. n. 104. & Lusita. Costam, in c. si pater, de testam. in 6. pagi. 86. n. 9. & 10.* atque etiam Paulum de Montepico, *in l. Titia §. Titia ff. de leg. 2. a nu. 108.* qui omnes probant sermonem simpliciter prolatum verificari in primo actu, & propterea, qui mentionem fecit vxoris, intelligitur de prima loquutus: eodemque argumento, qui meminit de filiis, intelligitur de procreatis ex primo matrimonio, non ex secundo, vel tertio, vt eleganter tradit Tiraq. *in d. princ. l. Si vnquam n. 105.* cuius hæc sunt verba, vt interim omittamus, quod qui de liberis loquitur, aut cogitat, debet censeri loqui, aut cogitare de liberis primi matrimonii tantum, sicut qui de matrimonio loquitur, de primo tantum intelligere videtur, per tex. expressum *in l. dotis promissio §. fi. ff. de dotis promiss.* & per regulam, *l. boues §. hoc sermone ff. de verbo sign.* Hæc ille.

Notabilis † est hęc profecto resolutio ad casum nostrum: siquidem per eam resoluitur, de secũda vxore, eiusq; filiis nullam prorsus habendam esse consideraiionem, nisi illorũ expressa fuerit facta mentio, vt Iureconsulto placuit *in d. l. Si vir vxori, & l. sequent. in princip. ff. de condi. & demonstra. Boer.*

q. 276.

qu. 276. post medi. quo argumento eleganter Tiraq. *d. princ. l. Si vnquam num. 100.* p..st S..cin. & alios resoluit, donationem factam sub mentione filiorum, reuocari per natiuitatem filiorum, ex secunda vxore, quia eorum non fuit vlla habita consideratio, *vt ibidem latius probat.* Quare in casu nostro non est, cur hoc idem nō resoluamus, ad emphyteusim pro suis filiis cōcessam, solos primæ vxoris vocandos, quasi vocatos, non ex secundo matrimonio natos, de quibus minime fuit cogitatum.

31 Nec † mouere quempiam debet Bal. auctoritas, *in d. authen. quidem C. de sacros. eccles. & in l. 1. de priuileg. dotis,* quoniam si bene consideres Bal. loquitur in casu omnino contrario, & diuerso. Ponit enim casum, quando alter coniugum tempore acquisitionis emphyteuticæ, habebat filios alterius matrimonii, quod prius contraxerat: quo casu, inquit Bal. admitti debent, filii prioris matrimonii, ad quos iā potuit haberi respectus: cessant enim in his filiis, ex primo matrimonio natis iura, & rationes supra citatæ. Quare non est mirum, si admitti debeant, cum exclusi non reperiantur, & non minus illis, quam præsentis matrimonii, parens prouidere voluisse visus sit.

32 Quod † etiam deducitur ex alia nostrorum simili traditione, quæ habet emphyteusim concessam homini soluto, & filiis suis, non minus concedendam esse filiis secundi, quam primi matrimonii: quia eam stipulatus parens, nō magis hos, quam illos dilexisse dici potest, vt in legato relicto vxori eius, qui adhuc vxorem non habebat, probat Alex. *lib. 2. cons. 171 & Couarru. in c. requisisti, de testam. nu. 4 fol. 310. Tiraq. in d. prin. l. Si vnquam num. 106. cum seq. C. de reuoc. donat. & Costa in cap. Si pater, de testam in 6. pag. 86. n. 10.* qui plurimos refert pro hac sententia auctores. Ex quibus proculdubio liquido constat Bal. auctoritatem *in d. auth. qui rem,* iniuste ad propositum nostrum citatam videri, qui absque dubio loquitur in casu suprascripto, quando ex priori matrimonio adsunt filii, de quibus cogitare parens potuit. vt ex verbis Bal. colligitur, dum dicit, dummodo ista vxor habeat filium quendam ex alio matrimonio, quocirca Bald auctoritas, quam plures ex nostris probant, *vt iam supra ostendimus,* sine difficultate nostram magis intentionem defendit, ac tuetur.

33 Item † Bal. loquitur attentis terminis, & dispositione iuris communis, secundum quam omnis emphyteusis pro filiis acquisita est diuidua, *l. item prædia ff. familiæ herciscundæ communis in l. qui Romæ §. duo fratres ff. de verbo obliga. Valascus, lib. de iure emphy. q. 38. n. 12. cum seq.* Qua ratione, inquit Bal, marito, & vxori concessa emphyteusis, & pro eorum liberis, dicitur diuisim data pro parte dimidia, seu in duas partes diuisa: quamobrem perinde censenda est, ac si marito pars fuisset concessa, & liberis suis. Altera vero pars vxori, & suis. Aduerto autem dictionem illam, *& eorum filii,* & si suapte natura sit complexiua, resolui in distributiuam debere, vt contrahētium deseruiat intentioni, quasi eorum quisque pro se, & filiis suis emphyteusim accepisset: quā fuisse Bal. intentionem constat ex eius verbis, ibi, dum dicit, quia diuiditur inter virum, & vxorem. Concordat Alex. *lib. 5. cons. 119. col. 1.* Vnde colligitur, quod Bal. præsupponit, contrarium obseruandum, quando emphyteusis non est diuidenda, quemadmodum in his Regnis contingit, in quibus emphyteusis, pro filiis concessa, diuidi non potest, *per l. Reg. lib. 4. tit. 77. § pen.* In qua specie cessat Bal. auctoritas, siquidem cessat emphyteusis diuisio, qua Bald. fundatur, intelligens, quod illa cessante emphyteusis manere penes filium amborum coniugum semotis ex alio matrimonio natis, iuxta verum & genuinū verborum sensum, & naturam, quę complexiua est, a qua recedere non licet, nisi manifesta voluntatis cōtrariæ detur coniectura, ex regula *l. non aliter ff. de leg. 3.*

At † si dixeris quod etiam in his Regnis datur eadem emphyteusis diuisio saltem per ęstimationem, iuxta formam l. Reg *in d. § pen. tit. 77. & § seq.* respondeo, satis esse, ipsammet rem emphyteuticam diuidi non posse, vt Bal. auctoritas cesset: qua ratione debet filius primi matrimonii præferri, cui iura magis deferunt, in his, quæ durante primo matrimonio acquisita sunt, *vt in l. Fœmina, Cod. de secundis nup. habetur & l. generaliter, eod. titulo rursus, & in l. si mater Cod. ad Tertull. Ordi. lib. 4. tit. 75 § 1. & 5.* Ex quibus proculdubio concedendam fore supplicationem petitam existimabam, suum, vt actor, ius consequeretur. 34

His, quę scripsimus, examinatis ad vnguē concessa supplicatio est, & lata ꝓ rea nominata a parte, in fauorem Ferdinandi reuocata sententia fuit.

Attende † tamen lector optime, quoniam suprascripta ad eum iātum casum restringi debent, quo emphyteusis ab vxore prima processit, quia, scilicet illi fuit a domino concessa, aut ei parens in dotem dedit, eamque in manibus domini directi renunciauit, vt reformata concessio sibi marito, & filiis suis concederetur: Quo casu intelligo filios vtriusq; præcedere, & secundi matrimonii natos submouere posse, ex regula *l. Fœmina, & l. generaliter, C. de secundis nup.* quia, & si hi filii etiam sint, ita tamen videntur vocati, si prioris matrimonii non extabunt liberi, ex notabili resolutione Alex. *lib. 5. cons. n 9 n 5 & 6.* Vnde si emphyteusis a prima vxore non processit, sed aliunde pater eam habuit, & reformati a domino directo impetrauit, in fauorem vxoris, & filiorum suorū, vtiq; oppositum obseruari debet, quia cessat, *d. l. Fœmina* ratio, & dispositio, & cōsequenter nominatus a parēte præcedere debet. Quod ita ego in proposita cōsultatione respondissem, constito, quod emphyteusis, illa ab Alphonso, non ab vxore fuit a principio acquisita. 35

Nec † me moueret inueterata cōsuetudo, per quam supra diximus, huiusmodi emphyteuticas cōcessiones, primogenito deferri, cęteris exclusis, maxime si est ex primo matrimonio conceptus, ex notabili ad hoc textu *in c. mulier, si de feudo fuer. contro. inter domi. & agna.* vbi cum esset exorta controuersia inter filium primi, & secundi matrimonii, ex prouinciæ consuetudine præferente filios primi matrimonii, in fauorem ex illo nati fuit pronunciatum, vt ibi Doctores communiter resoluunt, ad hunc casum illum textum restringentes. vt est videre per Soarez *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffi. testam. q. 10 fol. 18 col. 1 ad fi. Curtius qui firmat communem lib. 3. feudorum num. 27.* Et est in prōptu ratio. Scimus enim, quod successiones sunt iuris positiui, *vt nouissime tradit Mencha. de successio. creat. in præludiis n. 14. & in §. 1. in prin. rursus & §. 20. n.* 36

198. Quapropter potest consuetudine abrogari alios aliis præferendo, quæ est communis omnium resolutio *in d c. mulier*, quam fouet egregia sententia Bal. *in l. Cunctos populos, C. de summa Trini. col. 13. versic. deinde quæro*, & videtur casus expressus *in c. filii nati. in d. tit. si de feudo fuer. contro.* ibi, *nam quamuis ratione improbetur talis conditio, ex vsu admittitur.* & habemus ad hoc casum formalem *in cap. 1. de filiis natis ex matrimonio contracto ad morga.* ibi, *in proprietate vero non succedunt, secundum vsum Mediolanensem.* Quibus iuribus hæc resolutio probatur, & pluribus aliis, quæ lato sermone prosequitur Soarez, *vbi supra.*

37 Secundum † quam consuetudinem interpretanda est omnis concessio, vt intelligatur, quod extantibus filiis primi matrimonii non succedant alii: a consuetudine enim regionis concessio capit interpretationem *Bart. in l. vt iurisiurandi. §. si liberi. ff. de operis liber. & cons. 60. col. 1. Iaso. in l. 2. C. de iure emphy. num. 187. multa Brunus lib. de statuto exclu. fœmi. artic. 5. a nu. 22. habetur in l. Si prius 17. ff. de aqua pluuia. Alex. lib. 5. cons. 124 col. 2. & Valascus lib. de iure emphy. q. 41. n. 4. & q. 50. post nu. 31. habetur in l. si de interpretatione. ff. de legibus, & in c. cum dilectus. de consu.* Quæ proculdubio consideratio optime iustificare posset Reæ sententiam, aduersus Ferdinandum actorem, si emphyteusis illa ab Alphonso patre originem traxisse probaretur.

38 Adnotandum † tamen est, probandam fore consuetudinem suprascriptã in terminis, de quibus agimus, nempe quando emphyteusis fuit cõcessa pro filiis, aut quando pater nihil prorsus de illa disposuit, iuxta formam l. Reg. *in hoc §. 3.* Aliter enim illa consuetudo, in fauorem primogeniti introducta in bonis vectigalibus, seu regalibus, quæ in pluribus huius Regni partibus viget, tanquam odiosa, & contra iuris communis regulas extendi non debet, *secundum adnotata l. præcipimus. C. de appellatio.* Quod in consuetudine regulare est, quæ extendi non solet *Bar. in d. auth. qui rem, n. 8. & ibi Iaso. n. 21. Feli. in c. auditis, de præscrip. num. 15. cum seq.* Quæ omnia adnotanda sunt, vtilia enim sunt, & in foro frequentia.

SVMMARIA.

1 *Si filius masculus decedat ante aditam hæreditatem, an soror capiat emphyteusim.*
2 *Repudians filius hæreditatem, non nocet sorori emphyteusim petenti.*
3 *Semel exclusa soror, semper manet exclusa.*
4 *Patre, & filio mortuis in bello, vel etiam naufragio, filius dicitur superuixisse patri, & filiam excludit.*
5 *Viuens per momentum, fœminam non excludit*
6 *Qui post aditam hæreditatem per momentum vixit, fœminam non excludit.*
Præteritione filii testamentum est statim nullum.
7 *Etiam de iure prætorio testamentum est nullum, in quo filius est præteritus.*
8 *Posthumus, viuo patre, decedens testamentum non rumpit.*
9 *Semel exclusa fœmina perpetuo excluditur, etiam si momento illa excludatur.*
10 *Dotem maritus lucratur, etiam si matrimonium duret per momentum.*
11 *Masculus per momentum, viuens, excludit fœminam.*
Interpre Ordi. lib. 4. tit. 75. §. fin.
12 *Qualitas momentanea, non sufficit, vbi actus habet tractum successiuum.*
Actus momentaneus perfectus, non exigit perpetuitatem.
13 *Posthumo mortuo in vita patris testamentum conualescit.*
Insignis Doctoris Enriquez Salmanticensis Primarii laus, & encomium.
14 *De iure prætorio conualescit testamentum, mortuo posthumo præterito.*
15 *Bonorum possessio ciuilis datur in iure.*
16 *Sola existentia masculi, fœminam non excludit, nisi etiam hæres sit patris.*
17 *Natus in mense octauo, pro non nato habetur.*
18 *Momentanea quandoque in consideratione non sunt.*
19 *Non dicitur a carcere fugisse, qui statim reuersus est.*
20 *Emphyteuta statim redimens, euitat commissum.*
21 *Incapaci licet dare, vt statim capaci restituat.*
Illatio ad leg. Papinianus ff. de seruitutibus.
22 *Hæres vendens hæreditatem non perdit seruitutem prædii, quæ erat confusa per aditionem.*
23 *Dominium rei legatæ penes hæredem stare non potest, quia est penes legatarium.*
24 *Legati dominium a tempore mortis, transit in legatarium, sed contra verius, & n. 25. Fructus rei legatæ sunt legatarii.*
26 *Legatarius vtile tantum habet dominium, hæres vero directum.*
27 *Fructus rei legatæ ante aditam hæreditatem percepti pertinent ad heredem, non legatarium.*
28 *Clericus, vel monachus, excludit fœminam.*
Clerici vtuntur priuilegiis laicis concessis, dummodo sint fauorabilia.
29 *Clericus iunior, non excludit primogenitum.*
30 *Monialis an excludatur a fratre masculo.*

QVÆSTIO XVI.

VLterius † quæri solet, estque in iudicio frequens quæstio. 1 Decedente abintestato parente, filius primogenitus ante aditam hæreditatem similiter mortem obiit: emphyteusim soror petit: nepos ex filio primogenito sibi adiudicandam dicit: directus dominus extinctam contendit, quid respondendum? Si parens secunda vita erat, in fauorem domini pronunciandum est, extinctam emphyteusim esse, quia illo mortuo, ipso iure filius primogenitus hæres factus, tertiam vitam fuit consequutus, quę illius morte extincta reperitur. Vbi autem parens prima erat persona, quia per eius mortem ius secundæ personæ fuit filio acquisitum, & eius morte extinctum, vtique tertiæ personæ ius obtinebit nepos, tanquam a patre nominatus per hunc §. 3. iunctis his, quæ iam supra adnotauimus: & sic hoc casu directus dominus, & filia sine dubio submouetur. Vbi vero filius primogenitus ante aditam hæreditatem decessit, nulla relicta sobole, notabilior quæstio est, quando is per mortem patris secundæ personæ ius est assecutus, cum potestate nominandi tertiam, quod cum non fecit, ex regula huius §. 3. recte dominus contendit extinctam emphyteusim esse, quia nullus est nominatus, nec soror, aut qui-

quilibet alius ab inteſtato collateralis hæres, ex tacita nominatione emphyteuſim petere poteſt, *vt iam ſupra in hoc §. 3. adnotauimus*: Quod ſine dubio ita reſpondendum eſt, niſi ſoror, ex iure tranſmiſſionis, hæreditatem fratris mortui, & tacite nominati conſequatur, quoniam tunc ſub ea generali vniuerſitate hæreditatis, emphyteuſim conſequetur ex his, quæ ſupra reſoluimus *q. 10. n. 24.* & quæ in terminis tradit Carolus *in conſu. Parſ.* §. 8. *gloſſ. 1. n. 31.*

Aliter vero ſi iure tranſmiſſionis fratris præmortui hæreditatem ſoror conſequi non poteſt, quia, ſcilicet lapſum eſt tempus centum dierum, quod ex iure deliberandi tranſmittere ad ſororem ille hæreditatem potuit, ſecundum ea, quæ habentur *in l. cum antiquioribus C. de iure delib.* & ſupra reſoluimus, *q. 10. n. 21. cum ſeq.* ad dominũ quaſi extincta emphyteuſis pertinebit, niſi ſuitatis iure fiat in patentem, aut quemuis alium aſcendentem, aut hæredem tranſmiſſio, *ſecundum adnotata in l. apud hoſtes, C. de ſuis, & legi. hæred. & ſupra q. 10. n. 21.* quoniam tunc ratione, de qua ſupra, idem hæres emphyteuſim ex tranſmiſſione obtinebit.

2 Ceterum, † ſi filius maſculus hæreditatẽ repudiauit, audietur ſoror emphyteuſim petens: quia fœmina in caſu noſtro temporaliter eſt excluſa, extante maſculo, aliter illo defuncto, emphyteuſim conſequitur, *vt tradit Afflict. in cap. 1. §. 1 n. 18. epiſcopum, vel abbatem.* Porro repudians hæreditatem pro mortuo habetur, quoad effectum ſucceſſionis, de qua agitur, ex his quæ iam ſupra reſoluimus *q. 10. nu. 9. in fin.* Quare ſororem non excludit.

3 Vbi † vero frater maſculus poſt agnitam patris hæreditatem deceſſit, nemini dubium eſt, excluſiſſe ſororem per hanc l. Reg. *in hoc* §. 3. cui proderit minime, quod poſtea frater moriatur, ſine prole: ſemel enim cum ſit excluſa, perpetuo ſoror excluſa manet. *Cur. de feudis 3. par. n. 32. cum ſeq. Cirier de primoge. lib. 1. qu. 21. vol. 12. Soar. in allega. fol. 195. DD. in c. 1. §. quin etiam, Epiſcopum vel abbatem. facit, l. fin. de ſolu. Tiraq. in l. Si vnquam, de reuo. dona. verbo, liberos nu. 155. cum ſeq. Baeça, de non melio. filia. c. 10. n. 8. & 24.* & vide Iulium Clarum *lib. 4. §. feudum q. 80.*

4 Ex † quibus eleganter illa reſoluitur, vtilis admodum, & neceſſaria dubitatio, mortuis patre, & filio maſculo, eodem naufragio, aut belli impetu excludendam eſſe ſororem, vel etiam ſecundogenitum, quia iuris præſumptio eſt in hac ſpecie, patri filium ſuperuixiſſe, vt notabiler reſoluit Bar. *in l. quod de pariter col. 3. verſ. ſi vero ff. de rebus dub.* communiter receptus & eſt bonus tex. *in l. qui duos 10. §. cum in bello ff. eod. tit.* vbi Triphoninus eleganter reſpondit, patre, & filio ſimul in bello mortuis hæreditatem matri ipſius filii, non agnatis paternis adiudicandam eſſe, quia Hadrianus in hac ſpecie patrem mortem prius obiiſſe, credit, ſequuntur Bar. Soci. *ibi d. §. cum in bello,* & Areti. *conſ. 50. col. 2.* Alciat. *regula. 1. præſump. 49.* & alios referens Coſta, *de Regni ſucceſſio. pag. 69. in prin. & in d. §. cum in bello n. 12. pag. 69.* licet repugnet Conan. *lib. 2. reſolu. cap. 7. n. 7.* & nos latius obſeruauimus *lib. qq. forenſium, & contro. ciuil.* Quo in loco etiam in legis diſpoſitione hanc ſententiam rigoroſam eſſe diximus, & æquiorem contrariam, per quam in fauorem ſecundogeniti ea quæſtio reſoluitur: ſiquidem non conſtat filium primogenitum patri ſuperuixiſſe, quod neceſſarium eſt, vt ſecundogenitus ſubmoueatur. Quocirca in caſu, quem tractamus, de emphyteutica conceſſione, in qua agitur de hominis diſpoſitione exequenda, ceſſare d. Bar. doctrinam, & præſumptionem vtique verius, & receptius eſt: cum ipſomet Barto. diſtinguente hac in re inter legis, & hominis diſpoſitionem. Intelligit enim in illa procedere prædictam præſumptionem, quod filius patri ſuperuixit, in hac vero, ſcilicet hominis, ceſſare. Qua ratione in patrimonialis maioriæ ſucceſſione ab homine, nempe priuato inſtitutæ, in fauorem ſecundogeniti, tuta reſolutio eſt, quia non conſtat filium patri ſuperuixiſſe: Quo argumento idem neceſſario in emphyteutica ſucceſſione, de qua agimus, reſpondendum eſt, iuniori maſculo, vel filiæ fœminæ eſſe emphyteuſim concedendam. Quæ vtilis profecto eſt reſolutio, & adnotanda, niſi emphyteuſis ſit a principe conceſſa, cuius contractus pro lege habetur, & propterea legalis diſpoſitio reputatur, in qua obtinet illa præſumptio, quæ in hominis diſpoſitione ceſſat, *vt in d. libro latius probauimus.*

Verum † enim vero etiam in hoc caſu illa ſententia rigoroſa nimis videtur: ſiquidem concedit per momentum viuentem, excludere ſecundogenitum, aut fœminam, contra iuris noſtri principia, quę natum filium, & per momentum viuẽtem, pro non nato habent, vt probat tex. ad id notabilis *in c. nam & ego, de verborum ſigni. ibi, non cenſetur natus, qui illico deceſſit,* gl. *in c. 1 §. quin etiam, Epiſcopum, vel abbatem,* reſoluens proinde maſculum ſtatim poſt patrem mortuum, fœminam non excludere, quia non videtur extitiſſe, & ibi eam ſequũtur DD. communiter maxime Affli. *a n. 23. Iacobi. de feudis. verbo, & fœmininis, col. 2. ad finem. Similis in c. 1. in gl. pen. de feudi ſucceſſione plures referens, & communem firmans Cur. lib. feudorum 3. poſt n. 32. verſ. retenta igitur. Carolus in conſu. Pari. §. 25. ante n. 9. Bertran. conſ. 276. n. 1. lib. 1.* Ex quibus ſane videtur, hæc tenenda ſententia quæ æquitate maxima pollet, & ſecundum quam quidem reſpondiſſet, ſi parens decedens interrogatus fuiſſet: quod in his maxime terminis videtur admittendum, in quibus, vt iam ſupra diximus, filia a maſculo fratre nequit dici excluſa, antequam ille ſe paternæ hæreditati immiſceat: Aliter enim, niſi hæres ſit, emphyteuſim conſequi non poteſt, *vt iam ſupra adnotauimus,* verum eſſe ſolam filii maſculi exiſtentiam filiam non excludere, quoniam exigitur etiam, quod parenti hæres ſit, vt nominatus dici poſſit, & conſequenter emphyteuſim petere: Qua ratione ſupraſcripta gloſſ. ſententia communiter recepta *in d. §. quin etiam cap. 1. Epiſcopum, vel abbatem,* applicari caſui, quem tractamus, commode poteſt, quamuis oppoſitum ibidem reſoluerit Iſernia, intelligens, ſemel excluſam fœminam per maſculi exiſtentiam, perpetuo manere excluſam, *vt paulo ante diximus.* Sed non conuenit hæc ratio, ſi conſideres, quod fœmina in caſu noſtro, vel etiam ſecundogenitus, nõ excluditur a primogenito, antequam ſe hæreditati immiſceat ſiquidem requiritur, *vt ſupra diximus,* quod ſit hæres, vt emphyteuſim poſſit ſub eo titulo vniuerſali hæreditatis petere, quæ vtilis eſt profecto reſolutio. 5

Sed † vtilius multo, ſi eam referas, ad caſum, 6

filius. quod idem Bald. fouet *in c. Imperialem, col. 4. de prohibita feudi aliena.* resoluens emphyteusim pro filiis concessam, vni prælegare patrem acquirentem non posse. Quæ fuit sententia Bart. *in l. Iurisiurandi. §. si liberi. ff. de operis liber. num. 6. & consi. 55. Bald. in l. 1. q. 3. ff. de rerum diuisione. Costa, & Valascus, de quibus supra, q. 12. nu. 52. & Alex. lib. 3. consi. 8. nu. 15. Cur. lib. feudorum. 4. par. nu. 131.*

5 Quo † argumento in specie, quam tractamus, vtiliter quidem Alb. *in l. fin. C. de iure emphyt.* quærit de quæstione, pater habens emphyteusim, ad quã filia potuit admitti, mutato titulo, eandem a domino, titulo feudi accepit, secundum quem propter feudorum naturam filia succedere neutiquam potest. *c. 1. §. & quia. qui feudum dare poss.* Mortuo deinde patre filia emphyteusim vigore primi tituli emphyteutici petit: dominus repellendam virtute secundi contendit: pro filia Alber. resoluendum arbitratur, sequitur ibi Iaso. *in fin. verbis.* Quorum sententia iustificabitur nostra intentio, si consideres, quod secundus titulus, de quo agimus, fuit productus ad confirmationem, & augmentum primi, qui in tertiam personam, pro filio, vel filia vtriusque concessus, fuit extensus in fauorem omnium liberorum in infinitum. Qua ratione ita interpretari necessario debet, vt augmentum producat his, qui in prima concessione seu titulo erant comprehẽsi; diminutionem vero nullam, ex regula *quod fauore, de legibus*, & quia inducta ad augmentum non possunt operari diminutionem, & sic effectum contrarium, *l. legata inutiliter. 14. ff. de adim. lega.* Quod maxime in hac specie procedit, in qua agimus, de interpretando titulo secundo reformante priorem, qui necessario debet intelligi secundum qualitates primi tituli, per secundum reformati, *ex his quæ scribit Iaso. in l. 1. C. de iudic. & in l. lecta. ff. si certum petat. Ferrariens. in sua praxi. forma. 34. de reformatione feudi, verbo, nec superstitibus, col. 8. versi. deinde, & illud. Socin. lib. 4. consi. 38.* qui vtiliter resoluit concessionem emphyteuticã renouatam a domino directo, prodesse posse vocatis in prima, sed nocere minime, *tradit Decius consi. 498. num. 17.* Ex quibus proculdubio respondendũ est in fauorem A. ferendam esse sententiam, siquidem secundum formam primæ concessionis, illi adiudicanda erat, quia vtriusque emphyteutæ filius, nec secunda concessio reformatoria primæ illi in aliquo nocere potuit, per hic scripta.

6 Idque † obseruandum necessario fatendum est, si considetes, quod iste secundus titulus fuit concessus, & consequenter primus renouatus, citra vxoris Philippę de Freitas assensum, qui necessarius erat, & si concedamus veriorem esse eorum sententiam, qui putant libere posse patrem acquirentem simul cum domino, filio in emphyteutica successione nocere, *vt post Bart. ibi tradunt Dd. in l. qui Romæ. §. Flauius. ff. de verbor. obligat.* Hanc enim opinionem, qui probant, intelligunt oportere, quod omnium contrahentium consensus concurrat: in his autem Regnis solus maritus inconsulta vxore de bonis immobilibus disponere non potest. l. Reg. *lib. 4. titu. 6.* quam in hac materia procedere, sine dubio respondendum est, præsertim si teneamus aduersarii sententiam firmantis per secundam hanc concessionem, a prima recessum fuisse, & propterea de illa nullam prorsus mentionem faciendam esse, quod ea potest ratione defendi, quia impetrans secũdum titulum videtur remittere primum, secũdum quod habetur *in cap. is qui duas, de electi. in 6.* quod efficere solus maritus, per d. l. Regiam non potest, & si in meliorem statum emphyteusim ducat, *vt habetur in l. fin. C. de vsu. & habi.* ibi, *etiam re in meliorem statum commutata.* Bona enim immobilia maritus, etiam vtiliter, inconsulta vxore, alienare non potest, *vt nos in cõmento l. Reg. lib. 4. tit. 6. adnotauimus, & infra statim tractabitur.* Quocirca secunda, de qua agimus concessio, vel nulla censenda necessario est, vel saltem ita interpretanda, ne quo modo noceat Antonio de Freitas Actori in prima concessione vocato.

Sed † video dicentem aduersarium, hanc secundam concessionem de consensu vxoris fuisse ab Illustrissimo Duce Birgantię impetratam, vt ex mandato in actis producto liquet, quo ad id specialiter Alphonsum maritum procuratorem constituit: Quare cessare videtur prædicta omnia. At non cessare replico, imo magis a nobis scripta cõfirmari, quoniam dicti mandati formam maritus non obseruauit: In eo enim mandato vxor Actoris mater voluit, & declarauit, velle se emphyteusim renouari, in fauorem filiorum vtriusque, & sic ad perpetuam concessionem temporalem reduci voluit, suis dumtaxat prospiciens descendẽtibus, non alienis. Videatur mandati forma, & verborum cõtextura, quam maritus minime obseruauit, emphyteusim qui reformari fecit, in fauorem extraneorum, quorum respectu vtique nihil prorsus actum est, ex regula *l. diligenter. ff. manda. c. cum dilecta, de rescriptis*, vbi lato agit sermone Feli. 7

Eo † enim ipso, quod vxor voluit suos ad huiusmodi emphyteusim vocari descendentes, sine dubio voluit extraneos, & consequenter natos ex secundis mariti nuptiis excludi: de his enim illa nec cogitauit, nec si cogitasset vllo modo credendum est, voluisse eos cum suis posse concurrere, argumento notatorum *in l. cum acutissimi, C. de fideicommiss. & in l. cum auus. ff. de condit. & demonstrat.* bonus tex. *in l. matrimonij. ff. qui, & a quibus,* ibi, *quasi de his nuptiis senatus senserit, quæ post matrimonium nullis aliis interpositis secutæ sunt.* Iuuat regula *l. boues. §. hoc sermone. ff. de verbor. signif.* vbi verba simpliciter prolata intelliguntur de primis tantum nuptiis egisse, quod in his terminis eo maxime procedit, in quo propter secundas nuptias anima coniugis defuncti contristatur, & iniuria affecta dicitur: quare de illis, in quibus tristis inest euẽtus, neutiquam cogitatum fuit, secundum quod resoluit Curti. Seni. *consi. 2. num. 2. habetur in l. inter stipulantem. §. sacram, de verbor. obligat.* 8

Ex † quibus profecto resoluitur, huius secundæ concessionis verba, vt intentioni contrahentium conueniant, maxime vxoris, ita interpretanda fore, vt solis filiis iam eo tempore natis, vel saltem ex eo matrimonio nascituris prosint, & ad eos restringantur, non vt alterius matrimonii includant, de quo quidem per supra scripta constat, nequaquam fuisse cogitatum, *vt tradit Iaso. in l. certi conditio. §. si nummos. num. 18. ff. si cert. petat.* Fideicommissum enim cognatis relictum dumtaxat petunt illi, qui testamenti tempore, vel saltem mortis sunt iam nati, non vero postea nascituri, *l. si cognatis. ff.* 9

tu. ff. de rebus dubiis, l. cum ita. §. in fideicommisso. ff. de leg. 2. & vtrobique Bart. & Dd. Quare sic in proposito dicendum est, emphyteusim, de qua agimus, solum posse petere filios natos tempore concessionis, vel saltem nascituros, vsque ad tempus mortis alterius coniugis, & sic ex illo, non altero matrimonio cōceptos, qui defuncto coniugi in odio sunt, *secundum quod Curti. supra citatus tradit, & Dd. in rubrica, C. de secundis nupt.*

10 Insuper † in huiusmodi concessione facta pro marito, & vxore, suisque filiis certi iuris est ordine successiuo dandam, successionem esse, & consequenter primum locum parētes obtinere, secundum filios, tertium nepotes, & sic deinceps *in d. l. cum ita. § in fideicommisso. ff. de leg. 2. l. Peto. § fratre, & l. cum pater, § a te peto eod. titu.* tradunt scribentes, qui nominatim in emphyteusi loquuntur, *in l. Gallus. § quidam recte. ff. de liber. & posthu.* Insuper secundum quod in d. iuribus habetur, hi præcedunt, qui nominatim vocati sunt: qua ratione cum in concessione, de qua agimus, reperiantur vocati ordine successiuo post parentes filii Alphonsi, & Philippæ vxoris (qui est actor) sine dubio is præcedere debet, qui vtriusq; est filius: siquidē in eorum fauorem concurrunt vltra cōtrahentium voluntatem tam clara iuris principia, quibus hæc sane iustificatur intentio, & caussa: & si cōcedamus quod verba concessionis apta sunt cōprehendere filios alterius tantum, & sic ex secūdo matrimonio natos, prævalere debent, ex vtroque concepti, quasi fortiori vinculo coniuncti, & quos æquitas, iurisque prompta ratio fouet.

11 Nec † multum abest, quin hanc sententiam probet. *l. Reg. lib. 4. tit. 63. §. 5.* negans ad emphyteusim concessam pro filio vtriusque coniugis, posse, quempiam extraneū nominari, quoniam ea concessio eum excludit, vt nos ibidem adnotaturi sumus, & probaturi idem obseruandum fore in cōcessione facta pro eorum filiis, & si hæc aliquantulum latius patere videatur, non tamen emphyteusim sub ea forma concessam obtinebit secundi matrimonii filius, quamdiu extabit alter ex primogenitis, *vt in d. §. 5. adnotabitur*, & ex Ange. sententia deducitur, *in l. Naper. C. de natu. libe.* resoluentis, legitimationem per subsequens matrimoniū superueniētem, & si retro de iure trahatur filiis medio tempore legitime conceptis, nequaquam nocere, quibus iam est ius quæsitum, *sequitur Barba. cons. 18. nu. 4. lib. 2.* Prævalere enim debet primi matrimonii filius, qui duplici nititur vinculo, *vt nos iam supra in prima part. huius tractatus adnotauimus in materia renouationis emphyteuticæ concessionis.*

12 Denique † in fauorem A. contra ream erat necessario respōdendum, quamuis illa vtrinq; coniuncta foret, & ex primo matrimonio nata; siquidem cōstat concessionem factam fuisse pro filiis, quę ad fœminas non extenditur, secundum communem de qua Iaso. *in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 192. & nos infra suo loco tractabimus.* Quod maxime in his concessionibus bonorum regalīū obtinet, in quibus ex antiqua consuetudine prouinciæ masculus primogenitus, ceteros excludit etiam vtrinq; cōiunctos fratres, vt late in actis comprobatum est: secundum quam cōsuetudinem debet concessio, de qua agimus interpretari, *argumento notatorū in l. vel vniuersorum. ff. de vsur. Alex. cons. 124. col. 2. lib. 5. l. si de interpretatione. ff. de legibus, c. cum dilectus, de consuet. Anch. cons. 437. col. 1. Decius, in c. 1. nu. 37. de postu. præ. Valascus, lib. de iure emphyt. q. 41. nu. 4. & 50. post nu. 31. Boer. q. 63. sub nu. 7.* vbi quod omissum ex consuetudine suppletur.

His sane argumentis, & rationibus ferenda in fauorem actoris erat sententia. Video tamen integerrimis Senatoribus oppositum verius visum fuisse, & propterea ream a petitione Actoris absoluisse, sed an recte fuerint moti, examinandum a nobis est.

Mouebantur † peritissimi Senatores, ex eo, 13 quia prima concessio, qua Actor nitebatur extincta omnino erat, per mortem Antonii de Freitas, ex primo matrimonio nati filii, qui secundum primæ cōcessionis formam, prætendebat iure se tertiæ personæ fruiturum. Fuerunt n. Alphonsus, & Philippa de Freitas parentes, secundū concessionem primam, de qua quæritur prima, & secunda persona, & eius filius Antonius tertia. Quocirca eius morte ea fuit extincta cōcessio, & consequāter vtile dominium, & ex eo vtilis caussata, & producta actio, quæ cum morte Antonii omnino extincta reperiatur, in filium Ferdinandum eius hæredem, & litem modo prosequētem transire non potuit, ex regula *l. lex vectigal. ff. de pign.* Quamobrē Ferdinandus filius actione carens reali audiri non potest, quamuis verum sit, quod aduersus dominum actione personali, emphyteusim sic extinctā, vt renouet, & reformet agens audiri debet, *vt nos late in tract. de renouat. diximus.* Repelli itaq; Ferdinandus tanquam actione carēs debet, *per regulam l. si pupilli. §. videamus. ff. de negot. gest.* Quamuis non desint peritissimi alias aduocati intelligentes, quod in hac specie quam tractamus, tertia vita in persona Antonii extincta non fuit, quia nunquā incepit *l. Titio vsus. ff. de condit. & demonstrat.* Qua ratione intelligunt ius tertiæ personæ adhuc in persona Ferdinandi eiusdem Antonii filii, & hæredis perdurare. Nihil enim vt aiunt, Antonio patri imputari potest: Siquidem aduersariorum litibus, & iniusta emphyteusis detentione impeditus fuit vti, & frui suo tertiæ personę iure, dictum namque firmant, & ab omni ciuili ratione alienum extinctam dici posse tertiam personā in eo, qui aduersarii, & dominicā concessionē incipere non potuit, *Bar. l. cum ipse. ff. de excusat. tuto. vbi bona additio Panor. in c. tam ex litteris, nu. 13. de in integ. restit. habetur in l. contra vtile. 40. ff. de mino. & ibi gl. Bart. & Dd. communiter. Ioachim. centuria. 2. obseruat 99. glo. verbo, finiri, in clem. vna, de in integr. restit.* habetur etiam *in l. fin. C. de adult. & in l. quinquaginta. 41. ff. de excus. tuto. & in l. si cui. vbi Bart. & lata addi. col. tit.* Quod eo maxime dicunt admittendum, quia exceptio, quod emphyteusis est extincta a solo domino directo obiici potest, *vt adnotauit glo. l. 2. ff. si ager. vectigal.*

Inducūt † etiam pro hac parte aduocati, quod 14 alibi scriptū est, emphyteusim secularem sua natura hæreditariā esse, quamuis simpliciter sit concessa nulla hæredum facta mentione: quapropter sicut, & cetera bona hæreditaria, venit in iudicio familiæ herciscundæ, *l. item prædia ff. familiæ. hercisc. Bar. & communis in l. quod dicitur ff. de verbor. oblig. Galeaula, in l. Gallus. §. quidā recte. n. 31 ff. de lib. & posthu. & ibi Rubeus, n. 149.* Quapropter cum emphyteusis sit hęreditaria, necessario repræsentationē patitur, per

quam filius patris locum ingreditur, *Rubeus in d. loco. num. 135. Alex. consi. 129. col. fin. lib. 5.* Plumbi. *consi. 5. Valascus de iure emphyt. quaest. 50. num. 5. versi. in emphyteusi. & seq.* Qua ratione decedente patre, eius filius illum repraesentans debet tertia persona censeri, *secundum praefatos auctores, & Corneus consi. 24. col. fin. lib. 2.* cui consentiunt plures a Tiraqu. relati, *lib. de primogen. q. 40. nu. 21.* quae sane argumenta placere non possunt.

15 Praesupponunt † enim, dari posse quartam vitam, vbi in tertiam tantum fuit emphyteusis concessa, quod admitti nullo modo potest, nec litis motae impedimentum potens est quartam inducere vitam contra cōcessionis emphyteuticae formam. Id vnum tantum admittere licebit posse tertiae personae haeredes, aduersus impedientes actione in factum agere, aut de dolo ad fructus, & interesse, quos pater potuit, impeditus si non foret habere, argumento notatorum per Ias. *in l. dedi. §. quanquam. ff. de condit. caussa data num. 11.* Nec quod dicunt a solo domino directo posse hanc exceptionem finitae emphyteusis apponi ad rem facit, quoniam exceptio omnino exclusiua iuris agentis a tertio opponi recte potest, cum sit reus, & actorem excludat, *Socin. in l. 2. ff. de except. rei iudic. nu. 7.* Quod in hoc praesertim casu procedit, in quo Rea emphyteuticam habet cōcessionem, per quā iura dicitur habere cessa, & vtiles actiones, *vt iam alibi adnotauimus, & tradit Lusitanus Valasc. de iure emphyt. quaest. 14. ante num. 11.* Nec quod de repraesentatione dictum est obstat, quoniam solum procedit in his, quae ad haeredes sunt transmissibilia, in quibus ea datur repraesentatio, non sic in vsufructu, & similibus, quae morte patris extinguntur. *§. finitur. instit. de vsufruct.* Quocirca pater cum sit tertia persona, & eius morte emphyteutica concessio extinguatur necessario fatendum est repraesentationem cessare: Aliter contra voluntatem contrahentium emphyteusis concessa in tertiam generationem, seu vitam, in quartam prorogaretur, quod absonum esse nemo ambigit.

16 Nec † in his Regnis admitti potest emphyteusim secularem concessam, pro filio nominando, haereditariam esse, & consequenter ad instar aliorum bonorum patrimonialium ad iudicium familiae herciscundae trahēdam. Scimus enim, quod in his Regnis oppositum vsus, & praxis obseruat, *per l. Reg. lib. 4. titu. 77. §. 23.* vbi nominatus filius ad huiusmodi emphyteusim preciū dumtaxat, quo illam pater emit conferre tenetur, & in iudicium familiae herciscundae deducere, non ipsam emphyteusim, quam a domino magis, quam a parente habere dicitur filius. Qua ratione in his Regnis illa tantum emphyteusis haereditaria censenda est, quae pro haeredibus concessa est, *vt lib. 4. titu. 77. §. penult.* Ex quibus sic explicatis plane constat Ferdinandum Actoris filium iuuari prima illa cōcessione non posse: siquidem morte patris fuit protinus extincta. Quapropter id vnum tantum tractandum est, *an secunda concessione iuuari Ferdinandus valeat, & secundum eius formam, & tenorem praeferri sorori paternae debeat, an vero illa a patre electa, & nominata praeualere debeat?*

17 ¶ Dubium † est, *an secunda concessione iuuari Ferdinandus de Freitas potuerit.* Secundam hanc concessionem in perpetuum pro filiis, & haeredibus factam, *vt supra adnotauimus*, impugnat ex eo, quod citra vxoris consensum fuit impetrata, in sui, ac filii primogeniti praeiudicium, Rea vero oppositum, ex sequentibus probat.

Primo inquit, quia maritus absque vxoris consensu potest bona emphyteutica sub annuo canone soluendo acquirere, vt anno salutis. 1533. Regia pragmatica sancitum fuisse, constat *Repertorio Ordin. verbo, marido,* & probat Valascus *de iure emphyt. quaest. 35. num. 5. & praeced.* idem probans in minore, & est huius rei in promtu ratio. Scimus enim, quod in contractibus, maxime id attenditur, quod principaliter agitur. *l. si quis nec caussam. ff. si certum petat. l. 1. §. idem Pomponius. ff. depositi. Alexan. consi. 28. col. fin. lib. 3. Decius cons. 4. col. fin.* Quādo enim maritus emphyteusim acquirit, nemini dubium est, illum principaliter niti suam atque suorum conditionem meliorem facere (quemadmodum re vera facit.) Ergo, & si obliget vxorem ad illam pensionem annuam persoluendam, id considerari nequit: siquidem id contingit per quandam consequentiam, necessariam. Est enim de essentia huius contractus emphyteusis, quod annua pensio soluatur, *secundum adnotata in l. 2. C. de iure emphyteut. & in §. adeo, instit. locati atque in c. potuit, de locato, tradit Valascus de iure emphyt. quaest. 1. num. 7. & latius, quaest. 11. & nos iam supra suo loco adnotauimus.* Cum itaque maritus in hac specie principaliter agat acquirere, & acquirat, annuae praestationis obligatio in cōsideratione esse non potest, secundum quod obseruauit Bart. in *in l. 1. ff. de auctoritat. tutorum nu. 6. & 7.* firmans, patrem non posse auctorare filii donationem sibi directo factam: attamen vbi per consequentiam ea donatio ad patrem pertinet, quia directo filius fratri donat, auctoritatem praestare recte potest. Quo argumento hoc ita in specie voluit Gonçalus Valascus nostrae Portugalliae decus, *in l. 1. §. fuit quaesitum. ff. ad Trebell. fol. 36.* quo sane loco citare debuisset, legem Regiam hanc traditionem plane probantem, *lib. 4. titu. 77. §. fin. ibi, sendo ia casados.*

Potuit † etiam inducere, quod alibi scriptum 18
est, maritum emētem rem aliquam immobilem, posse in eodem emtionis contractu apponere pactum de retrouendendo, *vt tradit Tiraqu. in ll. Connub. gloss. 8. & num. 90. Pinellus de bonis ma. fol. 110. num. 53. & praeced. in 3. scilicet par. l. 1.* Quod & in tutore nomine pupilli emente obtinet, *vt tradit Cagnolus in l. 2. C. de pactis inter emt. num. 56. Valascus de iure emphyt. quaest. 35. num. 4.* quod & filio, seruo monacho, & similibus, obseruandum probat Curtius, *in l Seruus, num. 5. C. de pact.*

Haec omnia non conueniunt, quia *(vt iam supra resoluimus)* non procedunt, quando maritus, vt acquirat, rem aliquam immobilem distrahere necesse habet: ad quam quidem distractionem, necessarius est vxoris consensus, non minus, quam in permutatione rerum immobilium ille exigitur, & si illa perutilis sit.

Qua ratione, non obstat, si dixeris, quod in hac specie maritus vxoris caussam meliorem reddidit, quia emphyteusim in tertiam tantum vitam concessam, in perpetuam extendi impetrauit, quam vtiliorem esse in confesso est: Idque omnes norunt, resque ipsa indicat, & Dd. probant *in cap. cum super, de rebus ecclesiae*, negantes propterea ecclesiam

perpe-

perpetuam posse emphyteusim concedere quoniam (*vt iam proxime diximus*) hæc vtilitas non confirmat contractum alienationis, sine vxoris consensu factum. Licet non desint, qui incaute contrarium opinentur fore resoluendum, ea auctoritate Bald. *in l. nec. C. de contrah. stipulat.* resoluētis statuti dispositionē, quod mulier sine consensu propinquorum contrahere non possit, limitandam esse, quando illa sola sibi vtilem contractum fecit, probant Angel. & Imol. *in l. mutum. §. fin. ff. de acquir. hered. Viuius lib. opinio. commun. verbo, statutum. fallen. 11. pag. 125.* qui sane non aduertunt hanc traditionem non procedere, & admitti posse, quando statutum ob sexus muliebris fragilitatem, ne decipiatur illud, statuit: quo casu, vbi contractus vtiliter est gestus a cessante ratione statuti, sumto argumento in iure nostro valido, secundum adnotata *in cap. cum cessante, de appellatio.* Cessat & statuti dispositio, cuius oppositum obtinet in casu leg. Reg. *lib. 4. titu. 6.* quem tractamus, vbi vxoris exigitur consensus, non vt sexui succurratur, sed magis ne sine vxoris consensu bona maritus distrahat immobilia, quorum & illa pro parte est domina, quod quidem dominium sine facto, & consensu suo ab ea euelli non debet, secundum regulam. *l. id quod nostrum. ff. de regul. iur.* Qua ratione, & si alienatio vtilis sit vxori, non erit valida, nisi illa consentiat, & illam probet.

Quocirca † refellitur Reæ fundamētum quatenus
19 dicit, quod in hac specie non est tractandū, *an forma mandati vxoris fuerit obseruata*, quia (vt ait) sine illo maritus potuit emphyteusim reformari, & in perpetuam prorogari facere: quapropter potuit vxoris mandatum spernere, & illius formam contemnere. *l. Diuus. ff. de iure codic.* Superflua enim, & ad actum minime necessaria minus solemniter adiecta non viciant. *l. vnica, in fin. princ. C. de rei vxor. actio. gloss. fin. in l. vnum. ff. si cert. petat. Felin. in c. cum ordinem, col. 1. de rescriptis.* Refellitur etiam hoc, quia falsum credimus, & erroneum in proposita specie potuisse, sine vxore maritum a prima recedere concessione. Insuper, & si posset, nullatenus illi licuit a forma mandati recedere, *per l. maritus, C. de procurat.* vbi maritus habens vxoris mandatum non potest illius formam excedere, quamuis de iure posset ille omnia gerere, & administrare, *secundum ibi tradita, & in l. doce ancillam. C. de rei vindicat.*

Hinc etiam refellitur, quod ex *l. non vsque adeo. ff. si quis a parente.* poterat satis durum, & iniquum videri, non posse patrem suam conditionem meliorem facere, emphyteusim impetrando perpetuam, quæ in tertiam tantum personam sibi fuerat concessa: propterea quod filius in prima concessione fuit vocatus, cuius præmatura spes, impedimento esse non debet: refellitur hoc inquam, quia vxor ipsa, quæ non consensit, impedimentum præstat, cuius fuit necessarius assensus, vt a prima concessione potuisset ille recedere.

Vides itaque quam plane liquet, non posse Ferdinandum prima concessione iuuari, quia per mortem patris fuit illa extincta; non item secunda in perpetuum concessa, quia (vt ille ait) & pater viuens dicebat, ea secunda concessio, ea vxoris consensus defectu, nullius est roboris, & momenti. Siquidem illius non fuit mandati forma seruata. Quamobrem sine dubio recte videtur ab integerrimis Senatoribus pronunciatum absoluendam esse ream a petitione Actoris, tanquam actione carentis.

Cuius tamen oppositum verius, & obseruandum esse duobus præcipue finalibus argumentis, & rationibus omni (meo iudicio) solutione maioribus reor, & intrepide resoluendum opinor.

Primo, quia perpensis verbis mandati proculdubio intelligo maritum formam mandati vxoris minime neglexisse, sed magis in ampliori forma, & vtiliori, concessionem impetrasse, quod vt liqueat plane adnotanda sunt verba mandati, ibi, *Com condição, que elle possa emprazar, & acquirir nouamente o dito casal, per titulo emphytentico, pera elles, & seus descendentes, & ascendentes, primeiramente pera elle Afonso Rodriguez, & sua molher, & apos elles logo a vida seguinte, será Diogo de Freitas seu filho, & pera seus descendentes, & herdeiros, & ascendentes, & pera toda sua voz, & geração.* Id est, *vt ipse possit in emphyteusim accipere, & acquirere de nouo prædictum prædium per titulum emphyteuticum illis, & eorum descendentibus & ascendentibus, primum sibi Alphonso Rodriguez, & eius vxori, & post eos vita sequens erit Didacus de Freitas, eorum filius, & eorum descendentibus, & hæredibus, & ascendentibus, & vniuersæ eorum generationi.*

Quæ palam docent vxorem voluisse, emphyteusim concedi sibi, & marito suo. (quod executum fuisse extra, controuersiam est.) Clarum etiam est vxorē voluisse post suam, maritique mortem, Didacum de Freitas, communem filium vocari, eoq; mortuo eius descendentes hæredes, &c. Secundum quem sensum, sine dubio voluit excludere Actorem etiam communem filium: nam eo ipso, quod Didacum vocauit, hunc exclusit. *l. Maritus. C. de procurat. cap. Nonne, de præsumptionib.* Voluit etiam vxor, secundum verborum mandati tenorem, & contextum (a qua recedendum non est, ea regula. *l. Non aliter. ff. de legat. 3.* maxime in cōtractibus, in quibus illa potuit apertius loqui, si voluisset, iuxta. *l. veterib. ff. de pactis. & l. Quicquid adstringendæ. ff. de verborum obligationib.*) quod post mortem suam, & mariti, hæc emphyteusis transiret ad lineam Didaci filii, & per eam descenderet, vt plane ex verbis relatis constat, ibi, *& apos elle logo a vida seguinte será Diogo de Freitas seu filho, & pera seus descendentes, &c.* Quocirca, sine dubio, voluit Actoris, eiusque lineam, & familiam submouere, quod sedulo aduertens pater, ne quo modo extincta Didaci filii linea, concessio maneret in ampliori forma emphyteusim fuit stipulatus, pro se atque vxore, suisque filiis, & hæredibus, & successoribus, secundum quam formam, quæ ad nullius filii lineam est restricta, ea concessa hodie extat, nec extincta est, aut forte extinguetur nunquam. Qua ratione, nephas esse videtur intelligere, quod concessio, de qua agimus, nullius est roboris, & momenti, propterea quod mandati vxoris forma obseruata ad vnguem non fuit.

Scimus enim mandati formam dici obseruatam, quando in effectu adimpletur mandantis intentio. *l. fin. ff. mandati.* Effectus enim mandati est cōsiderādus & attendēdus, *vt ait Bal. in l. si quis mihi*

bona.§.sed quid si mandauit, in fine, ff. de acquir. hared. & ibi Iaso.num.6 & Alexan.etiam 6.Iaso.in l.1.num.16.ff. de lib. & posthu.& in l. si procurator. num. 6. C.de procurat. Decius consi.77.col.3. Qua ratione Peralta *in l.vnum ex familia §.sed si fundum, num.7.ff.de leg.2.* adnotauit in mandatis esse attendendam caussam finalem, non verborum conceptionem, quod voluit Pan. *in c.quoniam contra, de proba.num. 6. & Galeaula in l.1. §.fi.num. 2.ff.de verbor.obligat.* Porro intentio vxoris in casu nostro fuit, emphyteusim in tres tantum vitas obtentam in perpetuum extendi, & prorogari pro se, suisque descendentibus, & successoribus: cui intentioni fuisse satisfactum plane liquet, ex secunda impetrata cōcessione, quæ nihil aliud continet, imo, & pinguius, & multo plenius per eam fuisse prouisum constat: siquidem non fuit facta restrictio ad solam lineam vnius filii, sed magis in fauorem omnium liberorum fuit concessio impetrata, quo magis perpetua fieret, vt ad sensum patet. Quocirca non recte videntur loquuti, qui probant secundam cōcessionem (de qua agimus) nullam fuisse, & esse, quia mandati fines obseruati non fuere. Certi enim iuris est, mandati fines obseruatos fuisse, quando pinguius, quam in mandato continebatur, prouisum est. *l.pen.§.sed quid si ex parte.ff.de acquir.hared.Alex in l.Puberem.C.de iure deliber.Iaso.in l.1.§.si stipulanti, num.4. ff. de verbor. obligat. & in l. si procurator, num. 5. C. de procurat. idem Ias.in l.si quis mihi bona.§. sed quid si mandauit. ff. de acq. hared.nu.6.* Insuper mandatarius potest exequi, & facere omnia, quæ mandans interrogatus mandasset, & interrogatus fecisset, *vt resoluit Hippo. in l. 3.num.5.de parricid. Aymon.consi. 247.num.4.* Qui etiam ratione secunda concessio (de qua agitur) sine dubio defendi potest: Quis enim sanę mentis dubitat vxorem, mandaturam marito, ita emphyteusim acciperet, ne quo modo ab eius genere, & familia recederet, si interrogata fuisset, & sedulo monita, extingui facile posse emphyteusim, in fauorem vnius tantum filii, eiusque lineæ concessam, qui potuit cito decedere, & sine prole, quemadmodum obiit eius filius Didacus, cui illa prouideri mandauit? Proculdubio id negabit nemo.

At si dixeris, illam solum voluisse prospicere d. filio Didaco, in cuius præiudicium pater non potuit a mandati forma recedere, respondebo facile, hanc obiectionem ad solum Didacum pertinere, eiusque liberos, qui non extant, quoniam mortem ille sine vlla prole obiit. Ex quibus proculdubio (si mea sententia valet) caussa, quam tractamus, decidenda est, iuxta formam secundæ concessionis, quam ego validam, & firmam esse censeo, quicquid incaute aduocati A. hactenus contenderint, non attendentes ex prima iam per mortem patris extincta Ferdinandum sine actione agere.

20 Non † item attendentes, quod secundum iuris ciuilis veram sententiam concessio emphyteutica a domino directo mihi, de re quam tu adhuc titulo emphyteutico possides, non omnino nulla est; imo mero iure tenet, & proinde extincto titulo tuo, firma mea concessio manet, & executioni mandari debet, *vt habetur in c. si quis quo tempore miles*, & ibi Bald. *num.6.* resoluit secundam inuestituram prima durante factam, extincta prima cōualescere, firmamque manere, *sequitur ibi Aluaro. ad finem. Prapos.cateriq; feudista, tradit Roland.lib.1.consi. 2.num.44.* Conualescit enim ea inuestitura, ex iure superueniente sublato impedimento, vt quandoque in iure contingit, quod nos latius infra suo loco adnotabimus. Qua ratione, & si cōcedamus obtentam fuisse secundam hanc concessionem, sine vxoris consensu, siue etiam, præter formam mandati præstiti, vtique illa obtinet, & secundum eam decidi hic casus debet, siquidem constat primam concessionem morte Antonii finitam esse, a quo tempore cœpit secūda vires habere, & virtutem. Quod maxime in casu, quem tractamus, admittendum est, in quo cōstat Antonii matrem per plures annos vixisse, nec vnquam d. secundam concessionem improbasse, aut aduersus eam reclamasse: Quare magis acquieuisse, & comprobasse dicēdum est, cum præcipue vidit filium Didacum de Freitas, sine prole mortuum, *argumento notatorum in l.si filius.C.de petit.hared.& in l.si certis annis. C. de pactis. rursus, & l.cum de in rem verso.ff.de vsur.* Ex quibus sane ego multo aduocatis rectius intelligo considerasse ipsos Senatores, quatenus secundæ huic concessioni standum esse statuere. Non tamen probo, quod illi sedulo decreuere ream filiam ex secundo matrimonio natam ab Alphonso patre nominari potuisse, & propterea illi, non Ferdinando adiudicandam emphyteusim (de qua agimus) esse. Et quia hic est huius cōtrouersiæ punctus, & cardo, accommodanda nobis attentio est. Speramus enim plane ostendere incautos, & negligentes nimis fuisse A. aduocatos, qui neglecta forte librorū reuolutione multa, quæ in iure erant in fauorem A. citanda, missa fecere, quæ forte caussa fuit tam iniustę sententiæ, quam ipsimet Senatores, sine dubio, reformassent, si superstites adhuc fuissent, & quæ infra dicentur, audiuissent.

¶ Ad huius rei euidentiam, veramque cogni- 21 tionem, ponderanda sunt ante omnia huius secundæ concessionis verba, & eorum forma, quæ talia sunt: *Pera elle, & pera Filippa de Freitas sua molher, & pera todos seus filhos, & herdeiros, & successores.* Quibus sane verbis clarum est, hęreditariam hanc esse emphyteusim: siquidem pro hæredibus est concessa, secundum quod Dd. communiter probant *in l.Gallus.§.etiamsi parente.ff.de lib. & posthum.Bart.in l.si tibi decem.§.si pactus.ff.de pactis. & in l.quod dicitur.in 2.ff.de verbor.obligat.rursus & in l. iurisiurandi.§ si libert. ff.de operis liber. Canonista in c.in prasentia, de proba.Valascus lib.de iure emphyt.quast.43.num.1.& 4.* Cui resolutioni non obstat, quod vocati sunt filii, quoniā hæc emphyteusis est secularis, cuius natura hæreditaria est, qua ratione, vocati filii, vti hęredes vocati censentur, vt in d.locis Dd. resoluunt, & Valascus *de iure emphyt. q.49. num. 2. col. 3. in princ. & nos iam supra adnotauimus.* At quia ibi diximus hanc opinionem in his Regnis non obtinere, aduertendum est, id obseruandum, quando emphyteusis simpliciter concessa est, pro filiis, non adiecto nomine, hæredibus, secus vero, quando pro filiis, & hæredibus facta est concessio: In qua specie indubitatum est, hæreditariam emphyteusim esse, propter illam adiectionem, hęredibus, propter quam res reuertitur ad suam naturam, secundum quam emphyteusis secularis hęreditaria censetur. Quocirca l. Reg. *lib. 4. titu.77.§.32.* in hac concessione, pro fi-

pro filiis hæredibus, non procedit, quia correctoria est, & tantum loquitur, quando emphyteusis est stipulata, pro filio nominando, vel generaliter, pro eo, qui nominabitur: non vero quãdo pro filio hærede, qui est casus noster, & l. Reg. *lib. 4. tit. 77. §. fin. ad finem.* vbi id plane probatur verum esse.

22 Ex † quibus cum hæc emphyteusis hæreditaria sit, resolnendum necessario est, eum filium esse præferendum in illius assecutione, quem pater nominauit, & præferri voluit, *vt tradit Iason. in l. 2. n. 201. C. de iure emphy. Crotus in l. qui Romæ §. duo fratres ff. de verbo. oblig. n. 142.* & persensit Decius *in cons. 389. nu. 2.* oppositum, resoluens, qoando emphyteusis non est hæreditaria. Et est huius rei ratio, quia quemadmodum pater potest filiis nocere in emphyteusi hæreditaria illam alienando, & distrahendo, prout communis probat & indubitata sententia a Valasco tradita *in lib. de iure emphy. q. 49. num. 3.* ita vni potest ex filiis prælegare, taliter, quod ille cæteris præferatur, nec alius sit eligendus possessor, iuxta formam l. Regiæ, *lib. 4. tit. 77. § pen.* cuius dispositio solum obtinet, quando pater possessorem non elegit.

23 Iuuat † hanc sententiam Bar. *in l. vt iurisiurandi § si liberi ff. de operis liber.* vbi *numer. 6.* resoluit, liberti operas ad omnes filios, & hæredes pertinere, nisi illas pater vni prælegauerit, *sequitur Imola in ca. potuit, ad finem, de locato, col. pen. vers. & pro ista parte Alex. cons. 12. in fine lib. 5. Panor. in ca. Raynaldus, de testam. nu. 28. versic. secundo casu.*

Iuuat etiam, si consideres patrem in hoc caso, non solum filiam voluisse præferri, verum etiam illi tertiam, quam ex ea emphyteusi deducere potuit donasse, rem hanc pro ipsa tertia eligens, qua ratione ex ea deducere legitimam frater Antonius non potuit, nec eius filius Ferdinandus hodie potuit, *vt notabiliter resoluit Bal. in rubrica ff. de rerum diuis col. 1. Alexand. in l. in quartam ff. ad l. falci. n. 16. Iaso. in l. Scimus, Cod. de inoffi. testam. numer 7. & in l. Filium quem habentem, num. 17. C. familiæ hercis.* Quapropter necessario videtur resoluendum filiam, de qua agimus, præferendam esse, illique hanc adiudicandam emphyteusim fore, reseruata fratri per æstimationem satisfactione, *iuxta formam l. Reg. lib 4. tit. 77 § pen. & fin.*

24 Cuius † l. dispositio, etiam in his bonis regalibus obtinet, *ex l. communi diuidundo §. 1. ff. communi diui.* quæ in bonis fiscalibus loquitur, seu vectigali fundo coniuncta l. Regia, *hoc tit. 62. § pen.* probante emphyteusim bonorum regalium regulandam esse ab aliis priuatis, cui est similis *lib. 2 tit. 17. § 6.* Qua ratione negare non licet potuisse patrem filiam nominare, & illi hanc emphyteusim prælegare, cum huiusmodi res vectigales possint in solidum vni assignari. *vt habetur in l. idem Iulianus § hæres & l. Si domus §. fi. ff. de leg. 1. late Alex post Bar in l. Si patroni ff. ad Trebel.* Vlterius, in his Regiis emphyteusis, etiam pro filiis concessa indiuidua est, & propterea solum per æstimationem inter filios diuiditur, *vt habetur lib. 4. tit. 77. § fin ad finem.* Quare nus in hac specie negat communicationem inter maritum, & vxorem, concedens tamen inter liberos, per æstimationem diuisionem. Ex quibus profecto recte videtur fuisse pronunciatum in fauorem reæ. Cui minime nocebunt, quæ supra in fauorem actoris adduximus, si ad infra dicenda attenderis.

25 Diximus † primo clausulam illam, *pro filiis suis, & hæredibus*, restringendam esse ad filios primi matrimonii, & sic communes, quasi inter has cõcessiones, nulla sit prorsus constituenda differentia, concedimus Petro, & Mariæ coniugibus, & eorum filiis, vel suis filiis, & hæredibus: quodagnouisse videtur l. Regia *in hoc lib. 4. tit. 63 §. 5.* Caue tamen, quia l. illa Regia, *in eo §. 5.* loquitur in concessione facta pro marito, & vxore, & filiis vtriusque, hoc est, ex vtroque natis, quæ concessio, sine dubio, dumtaxat respicit filios, ex eo matrimonio natos, non alterius coniugii. Dictio enim illa, *de*, vel *ex*, causam denotat immediatã, & concessionẽ restringit ad communes liberos, *vt ibi adnotabimus:* Cuius oppositum obtinet, quando fuit emphyteusis concessa pro coniugibus, & eorum filiis, vel suis filiis: Quę sane cõcessio includit etiam filios secundi matrimonii, qui non minus sunt filii acquirentis, quam nati ex primo matrimonio, vt eleganter resoluit Bald *in auth qui rem C. de sacrosan. eccle. col. pen. n. 5 & in l. vna nu. 4. C de priuileg. dotis Boer. q. 276. Socinus in l. cum vir ff. de cond. & demonstr. n. 7. in fine* & ibi est bonus tex. *& in l. seq.* vbi maritus legauit vxori suæ centum in tempus filiorum, & intelligitur de filiis quouis tempore natis. Tantus est enim liberorum fauor, vt institutio posthumi facta tempore primæ vxoris comprehendat, etiam posthumum secundæ vxoris, vt est tex. notabilis *in l. placet ff. de lib. & posth.* per quem Alex. ad Bal. *in l. fin col 2. Cod. de indicta vidu. tollen.* vnice docuit legatum annuum a me relictum vxori meæ ad secundam vxorem superstitem pertinere, quod idem probat Alexand. *lib. 2. cons. 171. & Boer q. 276.* Quæ optima profecto resolutio est ad casum nostrum, vt eodem argumento dicamus, non minus filiis secundi matrimonii, quam primi Alphonsum patrem, hanc emphyteusim stipulatum fuisse.

Quod etiam ex auctoritate Iureconsulti *in l. Si cognatis ff. de rebus dubiis* comprobatur, vbi docuit legatum cognatis relictum, tam deberi natis tempore testamenti, quam postea nascituris, vsque ad tempus mortis, & ibi adnotarunt gl. & DD. communiter, quia omnes sunt cognati *Oldra. cons. 212. gl. l. Tauri. 16. verbo, su muger fol. 50.* Sic etiam in proposito dicendum est emphyteusim pro filiis concessam, omnes filios vsque ad mortem nascituros respicere, quamuis ex secunda, vel tertia nascantur vxore.

26 Hæc † enim concessio, *Petro, & Mariæ coniugibus, & eorum filiis hanc emphyteusim concedimus*, sine dubio discretiue concepta videtur, vt sic tam cõmunes filios, id est, ab vtroq; natos, quam ab altero tantũ, id est, ex secundo matrimonio genitos, comprehẽdat non connexiue, vt sic communes tantum respiciat, quemadmodum respicit illa cõcessio, *pro filiis vtriusq;*, de qua cõcessione meminit *Ord lib 4. tit 63 §. 5.* quæ connexiue concepta dici potest, illa vero, scilicet pro eorum liberis discretiue. *vt in d. auth. qui rem ait, Bal. & in d. l. 1. C. de priuileg. dotis n. 4. Soci in d. l. cum vir. & Boer. q. 176. ad fin.* vt ad idem citat Th. m. Parpa. *in d. auth. qui rem*, concordat Roma *in l. etiam ff. soluto mat. n. 17.* & Gregorius lopez *in l. 2. tit. 15. Parti. 2. verbo, sino el fijo mayor. col. 4.* inferens ad notabilem quæstionem, si prin-

QQ

ceps castrum aliquibus donauit coniugibus, pro ipsis & eorum filio primogenito, *an comprehēdatur natus ex secūda vxore, seu secundo marito*, quærit. Et arguit primo, quod nō, quia cōcessio videtur restricta ad natū ex ipsis cōiugibus, & sic cōmunem, & cōsequēter videtur exclusus ex alio matrimonio natus, argumēto *l. filius a patre* §. *si quis ff. delib. & posth. cum aliis, de quibus ibi*, tandem contrariū probat, ex auctoritate Bal. *in d. auth. qui rem* addens huiusmodi cōcessionem videri factam coniugibus, & cuilibet eorum insolidum. Qua ratione superuiuens potest illa vti, & frui pro se, & suo primogenito ex secūdo matrimonio procreato. Quo etiam argumento vir doctissimus resoluit, licentiā constituendi maioriā coniugibus cōcessam prodesse nato ex secundo matrimonio, non obstante verbo, suo primogenito, de quo in concessione facta est mētio: quod verbū licet sit cōplexiuū, resolui potest, in discretiuū, vt sic cōueniat filio, alterius tantum ex alio matrimonio genito, cui tu adde Corn. *libr. 4 consi. 236. lit. m.* & Paris. *lib. 1. consi. 6. n. 13. cum seq.*

Quæ profecto resolutio in hac specie, quā tractamus maxime videtur admittenda, in qua non simpliciter pro filiis suis fuit cōcessio facta, sed magis pro filiis hæredib. quocirca videtur eadē charta bina facta concessio, quarum altera maritum, altera vero vxorem respicit, & eorum hæredes filios, quicunque sint, & ex quocunq; matrimonio nati: Quæ est ratio propter quam vsus, & praxis obseruat, mortuo altero coniuge huiusmodi emphyteusim, pro eius parte inter hæredes diuidi iuxta formā a l. Reg. traditam *lib. 4. tit. 77. § pen. & fin.* Quod etiam si sine sobole moriatur obtinet. Extraneis enim hæredibus superstes coniux per æstimationem satisfacere tenetur.

Ex his comprobari posse videtur Senatorum Decretū, seu atestum, quo proculdubio esse præferendam ream, ex secundo matrimonio natam filiam declararunt. At nihilominus salua pace, tantique Senatus auctoritate contrarium iudicandum erat, ex sequentibus.

27 Omnia † enim supra scripta facillime corruunt, cum animaduerto procedere tantum posse, quando filii ex primo matrimonio non extant, de quibus tam maritum, quam vxorem cogitasse pie credendum est, & pro illis principaliter stipulatos emphyteusim, de qua agimus, fuisse: nō vero pro nasciturisex secundo matrimonio, quos illi odiosos esse in confesso est, *ex adnotatis in rub. C. de secundis nup & in l. Fœminæ, eod. tit. rursus, & in l. mater Cod. ad Tertullia.* Non insuper credendum est, quod de filiis secūdi matrimonii cogitarunt: siquidem per hoc inducimus, quod tristem sperarunt euentum contra *l. inter stipulantem* §. *sacram. ff. de verbo oblig.* idque verborum proprietas suadet, verum esse, *vt ex infra dicendis apparebit.*

28 Hæc † concessio, *Petro, & Mariæ coniugibus, & filiis suis concedimus*, sine difficultate ad filios communes illius matrimonii refertur, & sic complexiue amborum filii videntur vocati, quod ex vi verborum deducitur, si consideres, hanc dictionem, *suus, sua, suum*, in aliqua oratione positam tēpus præsens, non futurū statum respicere *tex. est in l. Si ita ff. de auro, & argen. lega. Peralta in l. cum fundus, col. 1. ff. de leg 2. Afflict. in consti. rubr. 1. 24. numer. 5.* Ergo in casu nostro concessio facta coniugibus, & filiis suis restringi debet ad mommunes filios, non alterius matrimonii.

Quę etiam resolutio deducitur, ex prima concessione, pro filio vtriusque facta: a qua quidem secunda debet interpretationem accipere, vt similiter intelligatur facta, pro filiis, & hæredibus amborum: a primordio namque tituli posterior formatur euentus *l. vna* §. *lucratiuas C. de impub. lucra. libr. 10.* & ex vna clausula contrahentium voluntas declaratur in aliis *l. vtrum ff. de peti. hæredi. l. qui filiabus ff. de lega. 1.*

Iuuat, quod supra diximus, dictionem, *suis*, esse complexiuam, & proinde requirere vtriusq; concursum, & consequenter, quod filii sint communes, *l. cum vir vxori, & l. Si vir vxori, cum l. seq. § fin. ff. de condi. & demonstra.* & hoc videtur tenuisse Imol. & post illum Ias. *in l. certi condictio* §. *quoniam nu. 18. ff. si certum peta.* quatenus voluere huiusmodi concessionem intelligendam esse de filiis natis tempore concessionis, nisi adsit consuetudo in contrariū.

Adstipulatur † singularis in materia sententia Bal. *in l. fin. nu. 7. C. de indicta viduitate tollenda, vers. & nota*, qui simpliciter probat a marito concessionem factam vxori suæ, intelligendam esse de illa vxore, quam habebat tempore testamenti, non vero de alia postea ducta, quoniam verba donationis solum respiciunt præsentem vxorem, non futuram, de qua minime cogitatum fuit, per supra scripta, & per ea, quæ scribit Tiraq. *in prin. l. Si vnquam C. de reuo. dona. nu. 10.* firmans nec naturale, nec ciuile esse, sperare secundam vxorem, & ex ea secundos liberos, & ibi quibusdam confirmat, nō parum facientibus ad rem argumentis, maxime tex. *in l. Si quid earum 47. § fin. in fin.* ibi, *quia non est ita de posteriore vxore cogitatum ff. de leg. 3.* quibus verbis nititur Bal. *in d. l. fi.* resoluens, legatum factum simpliciter vxori non pertinere ad secūdam vxorem, *sequitur Cremensis sing. 8. Feli. in cap. 2. de tregua, & pace. Iason. Decius Panor. & Cotta*, quorum meminit Tiraq. *in d. princ. l. Si vnquam C. de reuo. dona. nu. 104.* quibus tu adde Segutam *in suis repet. fol. 111. col. 3. post pri. Couarru. in ca. requisisti, de testam. num. 3. fol. 120. & post eundem Tiraq. in l. boues* §. *hoc sermone ff. de verbo. sign. n. 104. & Lusita. Costam, in c. si pater, de testam. in 6. pagi. 86. n. 9. & 10.* atque etiam Paulum de Montepico, *in l. Titia* §. *Titia ff. de leg. 2. a nu. 108.* qui omnes probant sermonem simpliciter prolatum verificari in primo actu, & propterea, qui mentionem fecit vxoris, intelligitur de prima loquutus: eodemque argumento, qui meminit de filiis, intelligitur de procreatis ex primo matrimonio, non ex secundo, vel tertio, vt eleganter tradit Tiraq. *in d. princ. l. Si vnquam n. 105.* cuius hæc sunt verba, vt interim omittamus, quod qui de liberis loquitur, aut cogitat, debet censeri loqui, aut cogitare de liberis primi matrimonii tantum, sicut qui de matrimonio loquitur, de primo tantum intelligere videtur, per tex. expressum *in l. dotis promissio* §. *fi. ff. de dotis promiss.* & per regulam, *l. boues* §. *hoc sermone ff. de verbo sign.* Hæc ille.

Notabilis † est hęc profecto resolutio ad casum 30 nostrum: siquidem per eam resoluitur, de secūda vxore, eiusq; filiis nullam prorsus habendam esse consideraiionem, nisi illorū expressa fuerit facta mentio, vt Iureconsulto placuit *in d. l. Si vir vxori, & l. sequent. in princip. ff. de condi. & demonstra. Boer. q. 276.*

qu. 276. post medi. quo argumento eleganter Tiraq. *d. princ. l. Si vnquam num. 100.* post Socin. & alios resoluit, donationem factam sub mentione filiorum, reuocari per natiuitatem filiorum, ex secunda vxore, quia eorum non fuit vlla habita consideratio, *vt ibidem latius probat.* Quare in casu nostro non est, cur hoc idem nõ resoluamus, ad emphyteusim pro suis filiis cõcessam, solos primæ vxoris vocandos, quasi vocatos, non ex secundo matrimonio natos, de quibus minime fuit cogitatum.

31 Nec † mouere quempiam debet Bal. auctoritas, *in d. authen. quidem C. de sacros. eccles. & in l. 1 de priuileg. dotis*, quoniam si bene consideres Bal. loquitur in casu omnino contrario, & diuerso. Ponit enim casum, quando alter coniugum tempore acquisitionis emphyteuticæ, habebat filios alterius matrimonii, quod prius contraxerat: quo casu, inquit Bal. admitti debent, filii prioris matrimonii, ad quos iã potuit haberi respectus: cessant enim in his filiis, ex primo matrimonio natis iura, & rationes supra citatæ. Quare non est mirum, si admitti debeant, cum exclusi non reperiantur, & non minus illis, quam præsentis matrimonii, parens prouidere voluisse visus sit.

32 Quod † etiam deducitur ex alia nostrorum simili traditione, quæ habet emphyteusim concessam homini soluto, & filiis suis, non minus concedendam esse filiis secundi, quam primi matrimonii: quia eam stipulatus parens, nõ magis hos, quam illos dilexisse dici potest, vt in legato relicto vxori eius, qui adhuc vxorem non habebat, probat Alex. *lib. 2. cons. 171 & Couarru in c. requisisti, de testam. nu. 3 fol. 310 Tiraq. in d. priu. l. Si vnquam num. 306. cum seq. C de reuoc. donat. & Costa. in cap. Si pater, de testam in 6. pag 86. n 10.* qui plurimos refert pro hac sententia auctores. Ex quibus proculdubio liquido constat Bal. auctoritatem *in d. auth. qm rem*, iniuste ad propositum nostrum citatam videri, qui absque dubio loquitur in casu suprascripto, quando ex priori matrimonio adsunt filii, de quibus cogitare parens potuit. vt ex verbis Bal. colligitur, dum dicit, dummodo ista vxor habeat filium quendam ex alio matrimonio, quocirca Bald auctoritas, quam plures ex nostris probant, *vt iam supra ostendimus*, sine difficultate nostram magis intentionem defendit, ac tuetur.

33 Item † Bal. loquitur attentis terminis, & dispositione iuris communis, secundum quam omnis emphyteusis pro filiis acquisita est diuidua, *l. item prædia ff. familiæ herciscundæ communiter in l. qui Romæ §. duo fratres ff de verbo obliga. Valascus, lib de iure emphy. q 38. n. 12. cum seq.* Qua ratione, inquit Bal, marito, & vxori concessa emphyteusis, & pro eorum liberis, dicitur diuisim data pro parte dimidia, seu in duas partes diuisa: quamobrem perinde censenda est, ac si marito pars fuisset concessa, & liberis suis. Altera vero pars vxori, & suis. Aduerto autem dictionem illam, *& eorum filiis*, & si suapte natura sit complexiua, resolui in distributiuam debere, vt contrahẽtium deseruiat intentioni, quasi eorum quisque pro se, & filiis suis emphyteusim accepisset: quã fuisse Bal. intentionem constat ex eius verbis, ibi, dum dicit, quia diuiditur inter virum, & vxorem. Concordat Alex. *lib. 5. cons. 119. col. 1.* Vnde colligitur, quod Bal. præsupponit, contrarium obseruandum, quando emphyteusis non est diuidenda, quemadmodum in his Regnis contingit, in quibus emphyteusis, pro filiis concessa, diuidi non potest, *per l. Reg. lib. 4. tit. 77. § pen.* In qua specie cessat Bal. auctoritas, siquidem cessat emphyteusis diuisio, qua Bald. fundatur, intelligens, quod illa cessante emphyteusis manere penes filium amborum coniugum semotis ex alio matrimonio natis, iuxta verum & genuinũ verborum sensum, & naturam, quæ complexiua est, a qua recedere non licet, nisi manifesta voluntatis cõtrariæ detur coniectura, ex regula *l non aliter ff. de leg 3.*

At † si dixeris, quod etiam in his Regnis datur eadem emphyteusis diuisio saltem per æstimationem, iuxta formam l. Reg *in d. § pen. tit. 77. & § seq.* respondeo, satis esse, ipsammet rem emphyteuticam diuidi non posse, vt Bal. auctoritas cesset: qua ratione debet filius primi matrimonii præferri, cui iura magis deferunt, in his, quæ durante primo matrimonio acquisita sunt, *vt in l. Fœmina, Cod. de secundis nup. habetur & l generaliter, eod. titulo rursus, & in l. si mater Cod. ad Tertull. Ordi. lib. 4. tit. 75 § 3. & 5.* Ex quibus proculdubio concedendam fore supplicationem petitam existimabam, suum, vt actor, ius consequeretur. 34

His, quæ scripsimus, examinatis ad vnguẽ concessa supplicatio est, & lata ꝑ rea nominata a parte, in fauorem Ferdinandi reuocata sententia fuit.

Attende † tamen lector optime, quoniam suprascripta ad eum tãtum casum restringi debent, quo emphyteusis ab vxore prima processit, quia, scilicet illi fuit a domino concessa, aut ei parens in dotem dedit, eamque in manibus domini directi renunciauit, vt reformata concessio sibi marito, & filiis suis concederetur. Quo casu intelligo filios vtriusq; præcedere, & secundi matrimonii natos submouere posse, ex regula *l. Fœmina, & l. generaliter, C. de secundis nup.* quia, & si hi filii etiam sint, ita tamen videntur vocati, si prioris matrimonii non extabunt liberi, ex notabili resolutione Alex. *lib. 5. cons. 119 n. 5 & 6.* Vnde si emphyteusis a prima vxore non processit, sed aliunde pater eam habuit, & reformati a domino directo impetrauit, in fauorem vxoris, & filiorum suorũ, vtriq; oppositum obseruari debet, quia cessat, *d. l. Fœmina* ratio, & dispositio, & cõsequenter nominatus a parẽte præcedere debet. Quod ita ego in proposita cõsultatione responderem, constito. quod emphyteusis, illa ab Alphonso, non ab vxore fuit a principio acquisita. 35

Nec † me moueret inueterata cõsuetudo, per quam supra diximus, huiusmodi emphyteuticas cõcessiones, primogenito deferri, ceteris exclusis, maxime si est ex primo matrimonio conceptus, ex notabili ad hoc textu *in c. mulier, si de feudo fuer. controu. inter dom. & agna.* vbi cum esset exorta controuersia inter filium primi, & secundi matrimonii, ex prouinciæ consuetudine præferente filios primi matrimonii, in fauorem ex illo nati fuit pronunciatum, vt ibi Doctores communiter resoluunt, ad hunc casum illum textum restringentes. vt est videre per Soarez *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffi. testam. q. 10 fol. 28 col. 1 ad fi. Curtius qui firmat communem lib. 3. feudorum num. 27.* Et est in prõptu ratio. Scimus enim, quod successiones sunt iuris positiui, *vt nouissime tradit Mencha. de successio. creat. in præludiis n. 14. & in §. 1. in prin. rursus & §. 20. n.* 36

quilibet alius ab intestato collateralis hæres, ex tacita nominatione emphyteusim petere potest, *vt iam supra in hoc §.3. adnotauimus*: Quod sine dubio ita respondendum est, nisi soror, ex iure transmissionis, hæreditatem fratris mortui, & tacite nominati consequatur, quoniam tunc sub ea generali vniuersitate hæreditatis, emphyteusim consequetur ex his, quæ supra resoluimus *q.10.n.24.* & quæ in terminis tradit Carolus *in consu. Paris.* §. 8. *gloss.1.n.31.*

Aliter vero si iure transmissionis fratris præmortui hæreditatem soror consequi non potest, quia, scilicet lapsum est tempus centum dierum, quod ex iure deliberandi transmittere ad sororem ille hæreditatem potuit, secundum ea, quæ habentur *in l. cum antiquioribus C. de iure delib.* & supra resoluimus, *q.10.n.21. cum seq.* ad dominũ quasi extincta emphyteusis pertinebit, nisi suitatis iure fiat in parentem, aut quemuis alium ascendentem, aut hæredem transmissio, *secundum adnotata in l. apud hostes, C. de suis, & legi. hæred & supra q.10.n.21.* quoniam tunc ratione, de qua supra, idem hæres emphyteusim ex transmissione obtinebit.

2 Ceterum, † si filius masculus hæreditatẽ repudiauit, audietur soror emphyteusim petens: quia fœmina in casu nostro temporaliter est exclusa, extante masculo, aliter illo defuncto, emphyteusim consequitur, *vt tradit Afflict. in cap.1. §.1 n.18. episcopum, vel abbatem.* Porro repudians hæreditatem pro mortuo habetur, quoad effectum successionis, de qua agitur, ex his quæ iam supra resoluimus *q. 10. nu. 9. in fin.* Quare sororem non excludit.

3 Vbi † vero frater masculus post agnitam patris hæreditatem decessit, nemini dubium est, exclusisse sororem per hanc l. Reg. *in hoc* §.3. cui proderit minime, quod postea frater moriatur, sine prole: semel enim cum sit exclusa, perpetuo soror exclusa manet. *Cur. de feudis 3. par. n.32. cum seq. Cirier de primoge. lib.1. qu.21. vol.12. Soar. in allega. fol.195. DD. in c.1. §. quin etiam, Episcopum vel abbatem, facit, l. fin. de solu. Tiraq. in l. Si vnquam, de reuo. dona. verbo, liberos nu. 155. cum seq. Baeça, de non melio. filia. c. 10. n. 8. &* 24. & vide Iulium Clarum *lib. 4. §. feudum q. 80.*

4 Ex † quibus eleganter illa resoluitur, vtilis admodum, & necessaria dubitatio, mortuis patre, & filio masculo, eodem naufragio, aut belli impetu excludendam esse sororem, vel etiam secundogenitum, quia iuris præsumptio est in hac specie, patri filium superuixisse, vt notabiler resoluit Bar. *in l. quod de pariter col. 3. vers. si vero ff. de rebus dub.* communiter receptus & est bonus tex. *in l. qui duos 10. §. cum in bello ff. eod. tit.* vbi Triphoninus eleganter respondit, patre, & filio simul in bello mortuis hæreditatem matri ipsius filii, non agnatis paternis adiudicandam esse, quia Hadrianus in hac specie patrem mortem prius obiisse, credit, sequuntur Bar. Soci. *ibi d. §. cum in bello,* & Areti. *cons. 50. col. 2.* Alciat. *regula.1. præsump. 49.* & alios referens Costa, *de Regni successio. pag. 69. in prin. & in d. §. cum in bello n.12. pag. 69.* licet repugnet Couarr. *lib. 2. resolu. cap. 7. n. 7.* & nos latius obseruauimus *lib. qq forensium, & contro. ciuil.* Quo in loco etiam in legis dispositione hanc sententiam rigorosam esse diximus, & æquiorem contrariam, per quam in fauorem secundogeniti ea quæstio resoluitur: siquidem non constat filium primogenitum patri superuixisse, quod necessarium est, vt secundogenitus submoueatur. Quocirca in casu, quem tractamus, de emphyteutica concessione, in qua agitur de hominis dispositione exequenda, cessare d. Bar. doctrinam, & præsumptionem vtique verius, & receptius est: cum ipsomet Barto. distinguente hac in re inter legis, & hominis dispositionem. Intelligit enim in illa procedere prædictam præsumptionem, quod filius patri superuixit, in hac vero, scilicet hominis, cessare. Qua ratione in patrimonialis maioriæ successione ab homine, nempe priuato institutæ, in fauorem secundogeniti, tuta resolutio est, quia non constat filium patri superuixisse: Quo argumento idem necessario in emphyteutica successione, de qua agimus, respondendum est, iuniori masculo, vel filiæ fœminæ esse emphyteusim concedendam. Quæ vtilis profecto est resolutio, & adnotanda, nisi emphyteusis sit a principe concessa, cuius contractus pro lege habetur, & propterea legalis dispositio reputatur, in qua obtinet illa præsumptio, quæ in hominis dispositione cessat, *vt in d. libro latius probauimus.*

Verum † enim vero etiam in hoc casu illa sententia rigorosa nimis videtur: siquidem concedit per momentum viuentem, excludere secundogenitum, aut fœminam, contra iuris nostri principia, quę natum filium, & per momentum viuẽtem, pro non nato habent, vt probat tex. ad id notabilis *in c. nam & ego, de verborum signi. ibi, non censetur natus, qui illico decessit,* gl. *in c.1. §. quin etiam, Episcopum, vel abbatem,* resoluens proinde masculum statim post patrem mortuum, fœminam non excludere, quia non videtur extitisse, & ibi eam sequũtur DD. communiter maxime Affli. *a n.23. Iacobi. de feudis, verbo, & fœmininis, col.2. ad finem. Similis in c. a1. in gl. pen. de feudi successione plures referens, & communem firmans Cur. lib. feudorum 3. post n.32. vers. retenta igitur. Carolus in consu. Pari. §. 25. ante n.9. Bertran. cons. 276. n. 1. lib.* 1. Ex quibus sane videtur, hæc tenenda sententia quæ æquitate maxima pollet, & secundum quam quidem respondisset, si parens decedens interrogatus fuisset: quod in his maxime terminis videtur admittendum, in quibus, vt iam supra diximus, filia a masculo fratre nequit dici exclusa, antequam ille se paternæ hæreditati immisceat: Aliter enim, nisi hæres sit, emphyteusim consequi non potest, *vt iam supra adnotauimus,* verum esse solam filii masculi existentiam filiam non excludere, quoniam exigitur etiam, quod parenti hæres sit, vt nominatus dici possit, & consequenter emphyteusim petere: Qua ratione suprascripta gloss. sententia communiter recepta *in d. §. quin etiam cap.1. Episcopum, vel abbatem,* applicari casui, quem tractamus, commode potest, quamuis oppositum ibidem resoluerit Isernia, intelligens, semel exclusam fœminam per masculi existentiam, perpetuo manere exclusam, *vt paulo ante diximus.* Sed non conueuit hæc ratio, si consideres, quod fœmina in casu nostro, vel etiam secundogenitus, nõ excluditur a primogenito, antequam se hæreditati immisceat siquidem requiritur, *vt supra diximus,* quod sit hæres, vt emphyteusim possit sub eo titulo vniuersali hæreditatis petere, quæ vtilis est profecto resolutio. 5

Sed † vtilior multo, si eam referas, ad casum, 6

quo ille postquam adiuit hæreditatem statim mortuus est, quam similiter non excludere fœminam sororem, aut iuniorem fratrem ex auctoritate gloss. in d.c.1.§.quin etiam Episcopum, vel abbatem, resoluendum est, quasi nec is adiuisse hæreditatem dici valeat, qui illico mortuus est, citauit glo. tex. memorabilem in l. posthumus 12. ff de iniusto rupto, super cuius sensu & sano intellectu mire nostri discrutiãtur interpretes. Quocirca ne tantam videamur effugere difficultatem, pro illius text. inductione adnotandum est, secundum iuris nostri traditiones, nihil magis, parentem præcauere debere, quam ne filius, quem habet, præteritus reperiatur. Instituendus enim aut exhæredandus filius, vt testamentum valeat, iuxta l. inter cætera ff. de lib. & posthum. habetur in princ. Institut. de exhæreda. libero. Aliter enim præterito filio testamentum, ipso iure, nullum est, & etiam in vita patris, pro nihilo reputatur, l. Si filius 7. ff. de lib. & posthum. cuius hæc sunt verba, Si filius, qui in potestate est, præteritus sit, & viuo patre decedat, testamentum non valebit, nec superius rumpitur, & hoc iure vtimur. Quibus sane verbis docemur, nihil magis testamento nocere, quam filii præteritionem, quæ adeo illud vitiat, vt etiam viuo patre, nullum censeatur, quod ex illis verbis deducitur, & viuo patre decedat: quę cum emphasi legenda sunt, quasi dictum fuerit, etiam viuo patre, non valere, id est, non solum post mortem patris, quo de successione agi potest, verumetiam, & in vita patris inutile testamentum esse, quæ communis est resolutio, teste Alexand ibi, num. 1. Ias. in l. Posthumo num. 25. C. de contra tabu. Boer. q. 96. num. 1. Quod sane adnotandum est, quoniam iure ipso nullum testamentum censetur in vita patris, quo tamen tempore de nullitate filium agere non posse probatiiuris est per l. qui superstitis ff. de acquir. hæred. qua forte perterritus ratione Accurs. in l. filio præterito ff. de iniusto rup. verbo, tuebitur, & in l. is qui in potestate, in prin ff. de lega præstan adnotauit testamentum filii præteritione statim a principio nullum non esse, sed magis in pendenti eam nullitatem esse, donec filius de nullitate agat. Quam sententiam Tiraq. in l. si vnquam, verbo, reuertatur, nu. 11. Codic. de reuo. dona. communem esse testatur, in quo medius fidius incaute mihi videtur fuisse locutus. Obstant enim suprascripta, & bonus casus in l. 2. Codic. de posthum. hæred. institut. & in l. 1. §. fin. si tabulæ testamen. nullæ exta. cum aliis, quæ alibi fusim scripsimus. Quoad præsentem hæsitationem sufficit aduertisse testamentum filii præteritione, de iure ciuili statim, etiam viuo patre nullius momenti esse.

7 Quæ † resolutio procedit, etiam de iure prætorio, secundum quod huiusmodi testamentum, in quo filius est præteritus nullum est. quod vtiliter deducitur, ex verbis tex. in d. l. Si filius 7. ff. de lib. & posthum. ibi, nec superius rumpitur. quibus præsupponitur, etiam de iure prætorio testamentum irritari. Scimus enim regulam tex. in §. posteriore, instit. quibus mod. test. infir. quæ habet posteriore valido testamento superius rumpi procedere, locumque obtinere, siue posterius sit validum de iure ciuili, siue etiam de iure tantum prætorio, vt cum communi resoluit Alexand. in d. l si filius num. 4. ff de lib. & posthum. & ibi etiam Socin. & Iaso. in fin. licet contrarium opinetur Accurs. in l. cum in 2. in gloss. 2. ff de iniusto rupt. & in l si quis suum §. fi. in gloss. pen. ff. de vulg. contra quem vera sententia est communis, quod validitas etiam de iure prætorio sufficit ad infirmandum primum testamẽtum, secundum quam in d. l. 7. ff. de libe. & posthum. plane probatur testamentum, in quo omissus filius est, nullum omnino esse, etiam de iure prætorio: siquidem ibi clare probatur hoc, primum minime infirmare, quæ communis sententia est, teste Iason. in l. Posthumo, numer. 28. Cod. de contra. tabu. vbi concordat Decius, numer. 11. & Curt. 48. licet contradicat gloss. verbo, contra, in § sunt autem, institut. de bonorum posse. quam in d. l. Si filius, qui 7. ff. de lib. & posthum. conatur defendere Socinus, numer. 8. & Viglius in §. non tamen numer. 9, instit. quibus mod. testam. infir. sed an recte alibi tractauimus.

His † sic prælibatis gloss. in d. cap. 1. §. Episcopum, vel abbatem, pro fundamento intentionis suæ, inducit d. l. Posthumus 12. ff. de iniusto rupto. vbi pater testamentum fecit, in quo posthumum præterit, deinde is posthumus viuo patre decessit, quæsitum fuit, an testamentum valeret? Et per suprascripta respondendum videbatur, quod non. Nihilo minus tamen oppositum Iureconsulto placuit, respondenti firmum testamentum manere, quia viuo patre, mortuus posthumus, pro non nato censendus est, in quo ille casus est singularis, secundum Alexand. numer. 3. & Iason. 4. in l. Posthumo nato Cod. contra tabu. & eundem Iason. l. Posthuma. in fine ff. de libe. & posthum. Quo argumento, inquit gloss. d. cap. 1. §. 1. filium per momentum viuentem, tanquam non natum excludere fœminam non posse, quando nec testamentum rumpit, nec omnino inutile reddit. 8

Isernia † feudista maximus, animaduertens, quod ille tex. ad rem patum facit oppositum defendere non dubitauit, quia semel exclusa fœmina masculi natiuitate, seu existentia, aut hæreditatis aditione, perpetuo exclusa manet, vt ante diximus. Nec enim oportet diu viuere posthumum, vt ruptum sit patris testamentum, imo simul ac nascitur viuus rumpit nullumque testamentum reddit l. 2. C. de posthum. hære. insti. ibi, Posthumo vero præterito, quamuis natus illico decesserit, non restituti ruptum iuris euidentissimi est: Ecce qualiter statim mortuo posthumo præterito testamentum ruptum eius natiuitate non conualescit: Concordat l. 3. eod. tit. ibi, Si viuus perfecte natus est, licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decesserit, nihilominus testamentum rumpi. habetur in l. qui duos 10. in prin. ff. de rebus dub. vbi duos quis hæredes instituit, & ei, qui supremus moreretur, quendam substituit, eodem cum vterque naufragio periret, subdit I.C. Dixi, si ex ordine vita decessissent, priori mortuo frater abintestato hæres erit, posteriori substitutus. Ergo sufficit, quod per momentum superuiuat abintestato, vt veniente substitutus excludat: Quo argumento idem videtur respondendum in casu nostro, quod sufficiat per momentum patri superuixisse filium masculum, vel post aditam hæreditatem, vt excludantur senior frater, & fœmina soror. Consonat Vlpianus in l. quod dicitur 12. ff. de lib. & posthum. vbi postquam scripsit ex secto ventre editum filium testamentum rumpere, subdit idem obtinere, si non integrum animal edatur cum spiritu tamen. Concordat 9

dat idem Vlpianus *in l. ex facto 17. ff. ad Trebell.* § *pen.* vbi quis fuit fideicommisso grauatus, si sine filiis decessisset, contingit eum simul cum filio, quem habebat eadem ruina, & aggressu obiisse, *an esset debitum fideicommissum quærebatur*? Et respondet Vlpianus, deberi, si modo constet filium prius decessisse. Ergo per momentum sufficit vixisse filium, licet viuus non perduret. Nec mirum, quia momentum, & attenditur, & est in consideratione, in his, quæ momento expediuntur. *l. Sed & partus* §. *fin. ff. quod metus causa.* Concordat Paulus *in l. inter socerum 26. in princip. ff. de pactis dota.* vbi dos ita fuit constituta, vt ad maritum pertineret, si vxor infante filio relicto decederet: Contingit eodem impetu matrem, & infantem puerum occubuisse dotem petebat, ex inito pacto parentū respondit Iurisconsultus recte petere, si constiterit filium matri superuixisse, aliter, quia verosimile est, infantem prius decessisse, agere patrem non posse. Momento ergo sufficit illum superesse, vt dotem maritus consequatur, secundum quod superioribus a nobis iam citatis, sine difficultate probatur. Concordat Bald. *in l. si quis Cod. de instit. & substitut.* resoluens, quod vbi dos lucratur superstitibus liberis, sufficere, quod illi supersint, licet non durent, bonus textus *in l. cum vxori Codic. quando dies lega. cedat.* vbi illa conditio, *cum liberos habuerit* verificatur, simulac extant, licet statim moriantur: quia sufficit momento, adimpletam esse conditionem, *vt ibi per Bald. tradit Bertran. lib. 1. consil. 217. & Cotta, in suis memora. in verbo, momentum, column. 354.* firmans, post Baldum Iasonem, Socinum, Aretinum & Decium, expirare substitutionem factam, si sine filiis hæres decesserit, si mortis tempore ille filios habuit, licet, statim moriatur: quam sententiam probat Alciatus per textum *ibi, in l. si tibi pecuniam ff. si cert. peta. citans l. 4. Cod. quando dies lega. cedat, & in l. pen. Codic. de posthum. hæred. insti.*

20 Conuenit † Bal. *in l. non tantum*, per illum text. *C. de lega.* resoluens, quod vbi per statutum superuiuens maritus lucretur dotem, vel illius partem, illam lucrabitur, qui per momentum duntaxat stetit in matrimonio. Commendat Iaso. *in l. Si donaturus* §. *1. ad fin. ff. de cond. causa data & in d. l. non tan. Alciat in d. l. Si tibi pecuniam, col. 2. ff. si cert. petatur. Menoc. de recuperan. posse. remed. 13. n. 91. Pelaez, lib. 1. Maioria, qu. 39. sub nu.* 8. quæ vtilis est profecto resolutio ad l. Regiam, *li. 4. ti. 17.* quę agit de bonorum communicatione, vt procedat etiam si matrimonium per momentum durauerit. Quæ resolutio placuit etiam Bruno, *lib. de statuto exclu. fœmi. artic. 6. nu. 289. cum seq. & Cotta d. verbo, momentum col. 354. vers. secundo* vbi tamen probat Ias. *in d. l. non tantum* contrarium voluisse, a quo d. loco recedit Brunus, *num. 291.*

21 Et † interminis nostris, quod sufficiat masculum, per momentum vixisse, & exclusisse fœminam adnotauit Bal. *in l. in quibus Cod. de secundis nup. versi. sed hic concurrit alia quæstio. idem Bal. in auth. & si quis col. 3. versic. & per hoc infertur, eod. titul. Socinus lib. 1. consil. 5. Alexan. consil. 29. prope finem lib. 1. Areti. consil. 50. ad finem Decius consil. 87. dubio 1. Alciat. in l. Si tibi pecuniam ff. si cert. peta. col. 1. per l. Filiusfamilias* § *cum quis ff. de leg. 1. & ibi Bartol. & Alexand. consil. 20. libro primo Cotta, verbo, momentum versic. tertio & verbo, statutum, quod extantibus ad finem.* & diximus supra *quæstio. 12. numer. 15.* Conducunt etiam quæ alibi aduertimus, resoluentes legem Regiam, *libro quarto titul. 75. §. fin.* prohibentem quinquagenariam mulierem secundo nubentem, bona, quæ habet, alienare, si liberos habet obseruandam etiam si filii, de quibus ibi, post secundas nuptias contractas decedant: quibus adde Bello. *consil. 81. n. 1. Phanu. de lucro dotis pag. 211. nu. 15. Soci. nepo. lib. 1. consil. 2. num. 33. Quintili. in regula chan. 34. n. 54. Paris. lib. 2. consil. 189. nu. 13. cum seq. Molin. lib. 1. de primog. ca. 6. nu. 16 & Mencha. lib. de successio. crea. §. 27. nu. 10. Mayne. in regula, in testamentis, post num. 4. cum seq.* ex quibus sane colligitur, veram esse regulam a nobis supra traditam, satis esse, quod filii extent tempore mortis, seu delatæ successionis, licet postea moriantur quam exornare licebit, ex his, quę præfati auctores referunt, & tradit Ripa, *in l. ex facto ff. de vulga. a numer. 29. & ibi Alciat. 10. & Galeaula in l. Centurio eod. tit. a nu. 212.* secundum quæ proculdubio firma hæc videtur esse sententia, emphyteusim carituram filiam, quam frater masculus hęres patris abintestato decedentis exclusit, & si statim moriatur, quia sufficit momento submotam fuisse, vt perpetuo illa exclusa censeatur, *per suprascripta.*

Nec † te moueat, quod clausula, seu qualitas actui necessaria debet perpetuo concurrere: & inesse actui, quemadmodum contingit in casu *l. ex facto 43. de vulg.* vbi DD. notant, expirare exemplarem substitutionem si in ea valetudine furiosus non perdurabit, quod plane ex verbis legis deducitur, ibi, *in eadem valetudine. Corn. lib. 1. consil. 7. col. pen. lit. f.* cui difficultati, omissa solutione Bar. *ibidem n. 2.* atque etiam Bal. *in l. humanitatis num. 28. Codic. de impub.* ego intelligo illum textum cum similibus procedere, quando actus habet tractum successiuum, quemadmodum habet ille furoris, propter quæ exemplaris conceditur substitutio, quæ vt teneat debet furor durare, vt habetur *in l. Si quis 8. ff. de condit. & demonstra. & in l. Mauia, 13. §. fin. ff. de annuis lega. tradit Alexand. consil. 53. in fine, libro sexto Corneus, lib. 1. consil. 7. a num. 10. Decius in l. Si quis hæredem C. de instituti. & substitut. Molina, libro primo de primogeni cap. 6. n. 16. Mayner. in regula, in testamentis, de reg. iur. ante n. 6.* Aliter vbi actus momento aliquo suam consequitur perfectionem, & effectum producit, non exigitur, quod amplius perduret, *Maynerius in d. loco Gomezius super regulis chan. pagin. 216. in princip. super regula de infirmis resignan. quæstion 32. ad finem, post Anchar. & alios, quorum meminit, & pagin. 667. ad finem, in regula, de annali possess. quæst. 82. col. pen. Gloss. l. Tauri 24. col. 2. in princip. Afflict. in c. 1. nu. 10. Imperator Lotharius.* 22

Ex quibus iustificari recte potest Isernię sententia *in d. c. 1. §. 1. Episcopum vel abbatem n. 4.* contra gloss. communiter receptam, resoluentem, masculum viuentem per momentum, & sic semel fœminam excludentem, perpetuo excludere, nisi exigatur existentia permanens, & perpetua, quo casu potest admitti, quod gloss. & communis ait per momentum viuentem, natum non videri, *vt supra proxime adnotauimus.*

Nec obstat argumentum gloss. *dict. leg. Posthumus 12. ff. de iniusto rupto.* quoniam (*vt ait Isernia*) ille text. loquitur in posthumo nato post testamentum factum, viuo tamen patre (qui etiam

posthumus reputatur, secundum communem scribentium traditionem *in rubri. ff. de libe. & posth.* nos vero loquimur in filio nato post mortem patris, vel illi superstite: qui licet illico decedat, excludit fœminam: quod non contingit in eo, qui mortuus est, viuo adhuc patre, quare ad rem, quam tractamus, ille casus adduci non potest, sequuntur feudistæ communiter ibi, resoluentes text. *in d. l. Posthumus.* glo. sententiam non probare, & consequenter in hoc recte loquutum Iserniam, nec aliter hunc dissoluunt nodum, qui quantum ego iudicare possum, ita resolui debet.

13 Diximus † supra, natiuitate posthumi præteriti, adeo testamentum rumpi, vt etiam in vita patris irritum, & nullius roboris censeatur. *l. Si filius qui 7. ff. de libe, & posthum.* modo quo supra inducta, quæ resolutio communis, ex Iason. sententia *in l. Posthumo nato. C. contra tabu. num. 4. post Alex. ibi, nu. 3. & in l. Posthuma, in fine ff. de lib. & posthum.* non procedit in posthumo nato post conditum testamentum, & mortuo, viuo patre, *per dict. leg. Posthumus,* quæ re vera in hac specie loquitur. Et hæc fuit sententia gloss. fin. *dict. leg. Posthumo.* quam ibi sequuntur DD. communiter, *teste Iason nume. 44. & Decio, num. 4.* in quo sine difficultate conueniunt Feodistæ, post Iserniam *in d. §. 1.* constituentes differentiam inter posthumum mortuum viuo, & mortuo iam patre, decedentem. Huius rei ratio est in promptu a gloss. tradita *in l. fin. §. Lucius, verbo, perfectum ff. de donationibus* quam sequuntur Iason *in l. 2. numer. 1. Cod. de posthum. haredi. institut. & Gulielm. in c. Raynutius, verbo, in eodem testam. in 1. nume. 226. Tiraq. in l. si vnquam, verbo, susceperit liberos, num. 139. Cod. de reuo. dona.* qui intelligunt, post Bartol. & alios, gloss. probantes, quia testamentum, in quo filius posthumus est præteritus, a principio non est ipso iure nullum, imo mero iure validum, & propterea dicitur posthumi natiuitate rumpi, secundum communes traditiones. Qua ratione quemadmodum natiuitate posthumi rumpitur, ita illius morte contingente, viuo patre conualidatur, per reductionem ad primum statum, cuius oppositum obtinet in testamento, in quo filius iam natus est præteritus, quia a principio est nullum etiã viuo patre, & propterea morte eiusdem filii præteriti non conualescit, quia ab initio nulla, & vitiosa tractu temporis non solent confirmari. Et hæc est communis ratio, & probatus ad illum tex. sensus *in d. l. Posthumus, ff. de iniusto rupto* tradit Verius *in l. ex facto ff. de vulg. n. 392.* secundum quẽ nostri interpretes communiter intelligunt, quod testamentum natiuitate posthumi ruptum, eiusdem morte contingente, viuo patre conualescit, de iure ciuili. Quæ profecto resolutio mihi nunquam potuit placere. Intelligo enim de iure ciuili natiuitate posthumi ruptum testamentum, perpetuo ruptum manere, & si ille viuo adhuc patre decedat. Quod sane I. C. *in d. l. Posthumus,* significare videtur, quatenus ait mortuo posthumo, viuente patre, secundum iuris ciuilis rigorem, & subtilitatem ruptum testamentum videri: quia semel ruptum perpetuo tale manebit, nisi noua concurrat iusta voluntas: Æquitas tamen, vt eo loco I. C. docet, Adrianum monit, rescribere bonorum possessionem scripto hæredi, concedendam esse. Et ita illum tex. interpretabatur olim, me audiente, Salmanticæ excellentissimus Iureconsultus, & illustris doctor Enriquez, præceptor meus charissimus, nunc Primarius professor iuris celeberrimus, cuius eximias laudes nostris scriptis libenter intersererem, nisi eas pro dignitate persequi posse diffiderem. Intelligo enim tantam esse, tamque diffusam eius gloriæ opinionem, vt quoniam nec pro dignitate sua, nec pro ipsius meritis, & expectatione ipsam possum æquare dicendo, verear ne laudibus suis, quas augere debeo, non nihil orationis meæ angustiis detractum esse videatur. Illud tamen notum est, virum illum præstantissimum, quasi diuino fato, ad hæc vsque tempora, seruatum fuisse illi florentissimæ academiæ, quo extinctis Costa, Pinello, & Hectore Rodriguez tribus Iurisprudentiæ luminibus, collapsam iuris disciplinam, & quasi fugientem in lucem reuocaret, pristinoq; nitori multo amplius restitueret, & assereret.

Addebat † etiam eximius ille præceptor, quoad iuris ciuilis dispositionem nullam esse constituendam differentiam inter posthumum præteritum, & filium iam natum. Vterq; enim perpetuo testamẽtum absq; vlla conualescentiæ spe rescindit, siue hic, ille viuo patre decedat, idq; iuris ciuilis rigor exigit, & postulat, vt *in d. l. Posthumus* I. C. ait, de æquitate tamen prætoria, & sic de iure prætorio rationi consonans Adriano visum fuit bonorum possessionem concedi posse scripto hæredi, posthumo viuente patre mortuo, quod plane, ex verbis *d. l. Posthumus* deducitur, quatenus in ea specie bonorum possessionem secundum tabulas concedendam probat, ibi, *bonorum possessionem, secundum tabulas accipere hæres scriptus poterit.* Quibus verbis, sine dubio docemur, eam prouisionem iuris esse prætorii non ciuilis, aliter adeundi hæreditatem I. C. concessisset facultatem, non bonorum possessionem: Deducitur ex illis verbis, *Attamen si signatum fuerit testamentum.* Quibus vt vides, exigitur, quod testamentum sit signatum, quæ solemnitas prætoria est, vt concedi bonorum possessio, secundum tabulas possit, per ea quæ habentur *in l. 2. Cod. de bonorum possess. secundum tabulas.* Cuius hæc sunt verba, *Bonorum quidem possessionem ex edicto prætoris, non nisi secundum tabulas, quæ septem testium signis signata sunt, petere posse in dubium non venit.* Ex quibus quidem verbis plane deducitur, quod Iurisconsulto *in d. l. Posthumus* intellexit conualescentiam testamenti, de qua ibi, iuri tantum prætorio, non ciuili tribuendam esse. Siquidem per bonorum possessionem, secundum tabulas testamento signato hæredi scripto (quod remedium prætorium est) non per hæreditatis aditionem prouisum esse, docet, idq; iuris prætorii principiis conuenire deducitur, ex *l. 1. § exigit ff. de bonorum posse. secundum tabul.* & Fulgo *in l. Sancimus ad fin. C. de testam.* Theophilo, *in § omnium insti. quibus modis testamen. infir.* docentibus, ad validitatem testamenti de iure prætorio, duo tantum tempora consideranda esse, conditi, scilicet, & mortis: quibus quidem temporibus, si testamentum validum reperiatur, iuris prætorii remedia concedentur, & si medio tẽpore aliquod infortunium contingat vitians, quemadmodũ hoc casu contingit natiuitas posthumi testamentũ rũpens, & vitians a principio validũ, & firmũ testamentum

tum. cum igitur in casu *d.l. Posthumus*, illis duobus temporibus nihil adsit, quod vitiare testamentum possit, mirum non est, si bonorum possessio propterea hæredi scripto concedatur, cuius oppositum obtinet, quando a principio testamentum, ex filii iam nati præteritione fuit irritum, quoniam mortuo filio hoc testamentum non conualescet de iure, etiam pretorio. Et sic procedit quod supra diximus. *quæst. 16. num. 7.* ex filii preteritione nullum testamentum, nec iure prætorio mortuo filio conualescere. Qui profecto clarissimi præceptoris sanus est sensus, & intelligendi modus, licet aliter Bar. *in d.l. Posthumus num. 2.* & Decius, *in l. Posthumo nato num. 4. C. de contra. tab.* loquantur.

15 Aduerto † tamen doctissimum Conanum *lib. 10. cap. 4. col. 5.* viriliter contendere remedium *dict. l. Posthumus*, iuris ciuilis esse: siquidem cōstat, ex rescripto principis concessum fuisse, non prætoris edicto, vt ex illis verbis constat, *vt Imperator noster, & diuus Adrianus rescripserunt.* Quod minime contigisset, si bonorum ea possessio prætoria foret, vt ibi latius prosequitur, & probat Forcatus, *dialogo. 10. num. 4. cum seq.* mixtam hanc bonorum possessionem esse intelligens, quia cum decreto prætoris concedenda est, *vt ibi per eum.* Ex quibus resoluitur recte Iserniam *in d. cap. 1. §. 1. numer. 4.* episcopum, vel abbatem, adnotasse text. *in d.l. Posthumus*, incaute a gloss. ibi, fuisse inductum, ad eam traditionem, qua probat exclusam fœminam non videri ab eo masculo, qui statim mortuus est: siquidem constat, quod ille text. duntaxat loquitur in filio mortuo, viuo patre, cuius existentia protinus filiam non excluserat: Ideoque si viuo patre moriatur, quemadmodum testamentum conualescit, vel de iure ciuili, secundum quorundam opinionem, siue etiam de iure prætorio, secundum aliorum, ita etiam conualescit fœminæ successio, quam ille omnino non excluserat, sed ita tandē, si patri superuixisset: Quocirca illo mortuo in vita patris petens emphyteusim audietur fœmina, quam masculus non præcedit. Cuius oppositum proculdubio respondendum est, quādo ipse masculus patri superuixit, & hęreditatem agnoscens, statim decessit, *ex Forcato, d. dialogo 10. in fine per l. 2. & 3. C. de posthu. hæred. instit. cum aliis*, quæ iam supra in fauorem *d. gloss.* adduximus. Sufficit enim momentanea masculi existentia, & fœminæ exclusio, vt illa perpetuo exclusa maneat: quoniā momentanea, quæ suum plenum produxere effectum, permanentem causam non exigunt, *vt iam supra probauimus.* Cuius contrarium intelligo obseruandum, vbi illā non sunt ad suum plenum effectum producta: quemadmodum contingit in masculo, qui viuo adhuc parente fœminam plenarie non exclusit. Is enim si ante mortem patris decedat impedimentum fœminæ non facit, quæ mortis tempore, & sic successionis sola reperitur, & a nullo exclusa.

Quo argumento in casu quem tractamus, vtique non dubito semotam esse fœminam, quotiens masculus postquam hæreditati paternæ se immiscuit, in continenti decessit: siquidem eo ipso, quod factus est hæres, illam exclusit plene & cum effectu.

16 Ceterum † vbi ille ante aditam hæreditatem mortem obiit, oppositū defendi iure potest, quia sola existentia masculi fœminam non excludit, nisi etiam hæres sit patris: quapropter, si antequam hæres sit, decedat, neutiquam pleno iure, exclusa fœmina dici potest: & propterea pro non existente habendus est, qui mortuus est, antequam plene excluderet. Quod vtrique verum esse persuadetur, ex his quæ supra resoluimus, exhæredatum filium masculum, vel hæreditatem paternam repudiantem, aut illius incapacem, filiæ impedimento non esse, quominus illa emphyteusim (de qua agimus) consequatur. Quocirca nulla iuris ratio patitur filiam excludi posse ab eo fratre masculo, qui antequam hæres extitisset, decessit: quamuis contrarium sit necessario resoluendum, vbi sola existentia filii masculi fœminā excludit, & si hæres non sit, quoniam tunc sufficit natos existere, & momento viuere, vt fœmina perpetuo exclusa sit, secundum g'oss. & communem, *in d c. 1. §. Episcopum, vel abbatem*, quam supra comprobauimus.

Quæ † tamen limitanda est, nisi masculus ille nascatur in octauo mense, quo viuere nullus partus potest, vt notabiliter resoluit Afflict. *in d. c. 1. §. 1. Episcopum vel abbatem num. 26. cum seq.* ad hanc speciem reducens Iserniæ sententiam, qui voluit statim mortuum, pro non nato haberi. Verum id intelligit Afflict. quando natus victurus non est, quemadmodum contingit in eo, qui in octauo mense nascitur, qui pro non nato habetur: Quæ sententia ex pluribus iuris nostri locis comprobari commode potest, in quibus momentanea, sine dubio in consideratione non sunt: quorum nonnulla referre libuit, viam vt aperiam alia cumulandi similia, quæ in iure nostro passim reperiri possunt. 17

Quorum † primum refero casum notabilem, vsuque frequentem *in l. qui possessionem 17. ff. de vi & vi arma.* vbi Iulianus scripsit vi possessione deiectum illico posse eandem recuperare vt ex illis verbis constat ibi, dum dicit, *qui possessionem sibi ereptam in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reuerti, potius, quam vi possidere, intelligendus est, ideoque si te vi deiecero, illico tu me, deinde ego te vnde vi interdictum tibi vtile erit*: & ibi Azonem referens obseruauit glossa 1. amissam possessionem non videri, quæ statim restituta est. Conuenit in praxi vtile Pauli responsum *in l. 3. ff. de diuor.* ibi, *ideo, si per calorem misso repudio, si in breui reuersa est vxor, nec diuertisse videtur*, habetur *in l. Vir mulieri 65. ff. de donatio. inter vir. & vxor.* ibi, *aut longo tempore vidua fuisset.* Concordat Martia. *in l. Plerique 33. ff. de ritu nup.* ibi, *Cum eadem mulier ad eundem virum reuertatur, idem matrimonium esse, quibus assentio, si non multo tempore interposito reconciliati fuerint.* 18

Quorum † iurium argumento pluries in praxi obtentum vidi, non videri a carcere fugisse, qui statim postquam exiuit, reuersus est. Purgatur enim per eam reuersionem fugæ indicium, & suspitio sinistra *Bal. in l. 1. C. de seruis fugi. Feli. in cap. 2. nu. 7. de fide instru. Ripa in l. Admonendi ff. de iureiuran. n. 85. Boer. q. 215. num. 17.* & est huius rei ratio, quia sic reuersus ad carceres, non videtur habuisse recedēdi animum, & intētionem, *l. Postliminii 5. § captiuus ff. de capti. & postlimi. reuersis* ibi, *& non habuerat animum Romæ remanendi.* Promiserat enim ille ad ho- 19

stes se reuersurum, quare ei postliminii iura negantur, tanquam penes hostes semper existenti, consonat Florentini responsum *in l. Nihil interest. 25. ff. eod titul.ibi, ita tamen si ea mente venerit, vt non illo reuerteretur: nec enim satis est corpore domum, quem rediisse, si mente alienus est.* tradit Bal. *in authen. habita C. ne filius pro patre n. 21. Alex. ad Bar. in l. Præsens ff. de procura. versic præsens videtur Feli. in c. quoniam frequenter, vt lite non contesta. Miles, in suo repertorio, verbo, præsens, in loco. Curtius, in l. Admonendi. ff. de iureiuran. n. 158 cum seq. Boeti q. 215. n. 17. Crotus in l. Si is qui pro emptore ff. de vsucap. a n. 7. multa Tiraq. in l. Si vnquam verbo, liberos, a n. 144. Perez in ll. Ord col. 626. ad finem.* de qua re alibi fusius egimus. Ad præsens, satis est, adnotasse id, quod ad propositum institutum pertinet, momentaneum actum in consideratione non esse, & consequenter excusari, qui a carceribus statim reuersurus exiuit, iuuat regula *l. qui sic. ff. de solu.* vbi non dicitur soluisse statim repetiturus.

Facit etiam ad propositum Roma. *in l. naturaliter. ff de vsucapio. col. 3.* qui declarans dicta Innoc. *in c. si. de præscript.* firmat notitiam rei alienæ, quæ momento durauit, non nocere præscribenti, quominus præscribat. Quod etiam argumento Ange. *in l. voluntas C. de fideicommiss.* resoluit, non videri, extra familiam alienasse, qui illico grauauit rem vni de familia restituere, cuius ad id meminit Crotus *ind. l. Si is qui pro emptore ff de vsucap. n. 7. versic pro hac & Brunus, lib de statuto exclu. fœmi. art. 6. post nu. 291. Ripa l. Filius § Diui. ff. de leg. 1. n. 10 Barba. lib. 1. consi. 12. col. 14. in prin. Hippo. in l. fi. ff. de iurisd. omni iudi n 159. Menoch. de Recuperan. posse reme 13, n. 89.* quam sententiam fouet Imperator *in l. fi C. de bonis quæ lib.* vbi eorum, quæ per momentum filio acquiruntur, vsusfructus ad patrem non spectat. *tradit glo. in auth idem est, ca. tit 8. illo tit. Ias. in l inter stipulantem § sacram n 19 ff. de verbo. obliga. & in l. non tantum Codic. de lega rursus. & in l. Frater a fratre. lectu. 1. ff de condi. inde col. 2. in fin. & in l. quoniam indignum C. de testa. n. 5. Tiraq de verbo liberos n. 143. Areti consi. 160 n. 5. Hippo. in l fi ff de iurisdi. omni iudi. nu 156.* multa tradit Affl. ct. *in c. 1. quid iuris sit a n. 12. Gozadi. & eius addi. in l. 2. C. de pactis inter emptor. n. 16. Rimi. in § 1. nu. 114. institu per quas personas. Peralt. in l. Si Titio n. 6. ff. de lega 2.* firmans quod momentanea non sunt in consideratione.

20 Quod † videntur agnouisse, qui resoluunt emphyteutam, alienantem rem emphyteuticam, & statim illam recuperantem non incidere in commissum, vt est videre per Iason. *in l fin C. de iure emphyteutico nu. 135.* & nos infra adnotabimus in tertia parte, cum de extinctione emphyteusis erit sermo. Quæ omnia, & similia quæ adduci ad propositum, possunt, sine dubio procedunt, vel quia id agentium voluntas postulat, vel etiam, quia actus gesti natura perpetuitatem desiderat nec momẽto contenta est: prout eleganter tradit Maynerius, *in regula, in testamentis ff. de regul. iuris* Secundum quod etiam procedit quod I. C. *in l. Pretia rerum, in fine. ff. ad l. Falci.* ait, *nec ex momentis temporum, nec ex ea, quæ raro accidit caritate pretia constituuntur,* de qua re Butigella, *in l. vinum ff. si cert peta n. 19* & ibi Rubeus, *a n. 74.* Sic etiam procedunt multa in materia cumulata ab Hippo. *in l. fin. ff. de iurisd. omni iudi. a n. 153. cum pluribus seqq. & ab Affli. in d. c. 1. quid iuris sit a nu. 12.*

21 Sic † etiam procedunt, quę supra proxime scripsimus, alienatam rem non videri extra familiam quæ ita fuit alienata. vt statim vni de familia restitueretur. Non enim is qui sic alienauit, animum habuit alienandi, extra familiam. Quemadmodum nec vxori donandi, aut alii incapaci, ille qui rogauit illico capaci restituere, secundum quod habetur *in l. Sulpitius 50. ff. de dona. inter vir. & vxor habetur in l. cum ei 42. ff. de lega 2. & in l. Sed si hoc § 1. ff de condit. & demonstr.* vide quæ tradit Barba. *lib. 1. consil. 12. col. 14 in princ.* cuius meminit Menochius, *de recuperan. posse. remedio 13. n. 92.*

Ex quibus ego aliquando interpretabar notabile Pauli responsum *in l. Papinianus 18. ff. de seruitu.* vt necessario restringendum foret, ad fundum legatum penes hæredem non permansurum: cuius quidem seruitutis onus quamuis hæreditatis aditione confundatur, iterum imponi debet: siquidem id nõ intellexit testator extinguere, sed magis cum suo onere seruiendi legare. At quia res est aliquantulum obscura, & trita parum, vt facilis reddatur finge casum. Is qui me hæredem instituit, fundum possidebat, mihi seruitutem debentem: hunc Titio ille legauit: deinde ego hæreditatem adiui: quo facto confusa fuit seruitus, quia ego statim illius fundi factus sum dominus, ex regula a Iurecons. to tradita *in l. cum heredes ff. de acq. posse.* Qua ratione confundi adhuc ne hæreditatis seruitutem hæredi debitam indubitati iuris est, quia res propria seruire nemini potest *l. Si communi 27. ff. de serui rusti. prædiorum* vbi qui emit prædium seruiens, illius seruitutem amittit, probat I. C. *in l. quicquid 11. ff communia prædi.* ibi *quia nemo ipse sibi seruitutem debet.* Imo debitam per domini assecutionem perdimus *l. tria prædia. ff. de serui. rusti. prædi.* ibi, *quia cum prædia eiusdem domini facta essent, ipsa sibi seruire non potuissent:* Quod sane intelligendum est, in dominio absoluto, & perpetuo. Aliter enim si momento dominium est apud nos duraturum: quemadmodum contingit in hærede, qui factus est dominus prædii legati. *per l cum hæredes ff. de acq. posse.* cum obligatione statim illud tradendi legatario, vtique seruitus non amittitur. Debet enim illam denuo legatarius constituere, vt docet Paulus, *in dict l. Papinianus 18. ff. de serui.* ibi, *in seruitutibus quæ aditionibus confunduntur, responsum est doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.* Huius rei ratio a supra scriptis pendet, quia momentanea acquisito hæredi facta, nec noxia nec in consideratione esse debet. Agnouit enim eo loco Paulus in ea specie prædii legati dominium, nec per momentum penes hæredem manere, resistente regula *l. a Titio ff. de furtis.* Quocirca non est cur intelligere debeamus voluisse testatorem, rem liberam legare. Imo talem qualem ipse possidebat, oneri seruitutis obnoxiam, ex regula. *l. Vxor paterni, C. de legat.* ex quo leuius grauatur hæres, quod vulgatis iuris principiis consentaneum est. Defuncti igitur voluntas hac in re id præcipue operatur, quod per momentaneam hæredis acquisitionem, ille seruitutem non amittat. 22

Vnde † aliquando etiam inferebam, sic intelligendum fore elegans Pomponii responsum *in l. Si ei, 10. ff. communia prædiorum,* vbi vtiliter respõdit, prædii hæreditarii seruitutem hæredem non perdere, quando ille hæreditatem alii vendidit, 23

quoniam

quoniam, inquit, id actum fuisse videtur, vt emptor hęres sit, hæreditariaque bona cum suis oneribus consequatur, vt ex illis verbis colligitur, ibi, *quia id agitur, vt quasi tu hæres videaris extitisse.* Concordat Vlp. *in l. 2. §. fin. ff. de hæredi. vel actio. vendita.* ibi, *& si seruitutes amisit hæres institutus adita hæreditate, ex vēdito poterit experiri aduersus emptorem, vt seruitutes ei restituantur.* Supplendum enim est id actum fuisse, vt hæres emptor existeret, *vt in d. l. 10. communia prædiorum*, scriptum est: ex quibus plane colligitur, totam hanc rem a voluntate contrahentium pendere.

23 Caue † tamen, quia non sine maxima difficultate procedit, quod supra diximus, seruitutem a prædio legato hæredi debitam extingui, confusione quadam per hæreditatis aditionem, resoluentes plane prędii legati dominium penes hęredem esse, *per l. cum hæredes ff. de acquirend. poss.* Quod quidem iuris nostri principiis omnino repugnare videtur, secundum quæ penes duos eiusdem rei dominium stare nequit, vti DD. communiter placuit, *in l. 3. §. ex contrario ff. de acquir. poss. l. Si vt certo § si duobus vehiculum ff. commoda.* Verum rei legatæ dominium ipso iure in legatarium transferri certi iuris est, vt habetur in vulgata *l. a Titio 66. ff de furtis*, ibi, *quia ea quæ leguntur recta via ab eo, qui legauit ad eum cui legata sunt transeunt* & est communis scribentium resolutio *in l. Si tibi homo §. cum seruus vbi post alios Iason. ff. de leg. 1. & in l. 1. a numer. 95. eod. titul.* Quæ resolutio procedit, & si hæres sit institutus aliquis de suis in quem, secundum iuris dispositionem rerum paternarum continuatur dominium, *secundum adnotata in l. in suis ff. de lib. & posthum.* vbi hæc ita resoluunt Ang. & Areti. sic intelligentes tex. ibi, vt non procedat in re legata, cuius dominium recta via transit in legatarium. Quare nulla iuris ratio paritur confundi posse seruitutem hæredi debitam, ex regula *l. cum hæredes ff. de acquirend. poss.* quæ sane limitanda videtur in rebus legatis, quorum dominium ad legatarios transit: ex quibus consequenter confundi videtur, quod Iurisconsultus *in dict. leg. Papinianus 18 ff. de seru.* docuit rei legatæ seruitutem confundi hęreditatis aditione, & propterea de nouo imponendam esse. Rectius enim videtur confusam seruitutem non esse, illibatamque penes hæredem manere, qui rei legatę nequaquam factus est dominus, nec ante, nec post hęreditatem aditam, vt Martianus plane *in dicta leg. a Titio 66. ff. de furtis*, docuit, ibi, *quia nec tunc cum faceret furtum eius fuerit*, intellige ante aditam hæreditatem, quo tempore fuisse furtum commissum, ibi Iurisconsultus ait: & verum esse constat ex *l. cum hæredes ff. de acqui. poss.* vbi tunc demum omnia defuncti iura in nos transeunt, cum hæredes facti sumus, scilicet per hæreditatis aditionem, post aditam vero hæreditatem dicto loco Martianus similiter negat hæredem rei legatæ dominum fieri, quia recta via in legatarium transit dominium, vt ex illis verbis plane deducitur, ibi, *Nec post aditam quidem hæreditatem Titii factus est: quia ea quæ leguntur recta via in eum cui legata sunt, ab eo qui legauit transeunt.*

24 Quocirca, † quia nec ante, nec post aditam hæreditatem, hæres dominus est, passim nostri interpretes intellexere, rei legatæ dominiū, a morte testatoris in legatarium transire, sic intelligentes illa verba: *quia ea quæ leguntur, &c.* vt denotent translationem fieri a tempore mortis defuncti, a quo fit translatio in legatarium, vt illa verba plane docent: & late tradit Couarru. *in cap. Raynaldus, de testamen. numer. 1. in §. 1. & Duennas regula 210.* Quæ communis est resolutio, *secundum Corras. in l. Papinianus ff. de serui.* quo tamen in loco ab ea recedit *numer. 6.* per text. clarum *in l. Si tibi homo 88. §. cum seruus ff. de leg. 1.* vbi legatario dominium conceditur a tempore aditæ hæreditatis dumtaxat, non antea, quod prius adnotauit Fulgo. *numer. 2. in l. Si partem ff. quemadmodum serui. ami. & Crotus in l. Si is qui pro emptore numer. 125. ff. de vsucap.* & est bonus text. *in l. cum legato 17 ff. quando dies leg. cedat*

Nec mouere communem debuit text. *in dict. leg. a Titio.* negans hæredem ante aditam hæreditatem dominum esse, quoniam non proinde sequitur dominum legatarium censendum esse, quia (vt ego intelligo) penes neutrum rei legatæ dominium est, sed magis in ipsa hæreditate iacente residet, vt colligitur ex *l. huic scripturæ 15. ad l. Aquil. & in l. quod seruus 39. ff. de lega. 2.* & sine dubio ex verbis *dict. leg. a Titio* plane deducitur, quatenus furti actionem solum concedit post aditam hæreditatem, vt in princ. Martianus tradit ibi, *Si adita hæreditate Seius legatum ad se pertinere voluerit, furti seruo eius nomine aget cum eo Titius*, scilicet, hæres. Seius enim ibi legatarius erat, cuius nomine post aditam hæreditatem conceditur de furto agi posse, non antea, quod ex verbis sequentibus, & iam supra relatis etiam deduci facillime potest, ibi, *nec post aditam quidem hæreditatem Titii factus est, quia ea quæ leguntur recta via ab eo qui legauit ad eum cui legata sunt, transeunt.* Intellige a tempore aditæ hæreditatis: quo quidem tempore rei dominium hæredi Iurisconsultus negat, quia ad legatarium recta via transit, ab eo scilicet tempore, aliter rectius dixisset, quia legatarius iam dominus esset factus, vel saltem, incongrue foret Iureconsulti hæsitatio, *an post aditam hæreditatem hæres esset dominus*, si præsupponas cum communi a tempore mortis legatarium dominum esse. Non enim dubitare licebat eiusdem rei dominum penes legatarium, & hæredem stare non posse, *vt iam supra probauimus*: At quia legatarius adhuc dominus non est, recte quidem dubitare licuit, an per hæreditatis aditionem hæres fiat dominus, ex regula *l. cum hæredes ff. de acquirend. poss.* Et responsum est, quod non, quia in eodem instanti quo est adita hæreditas, in legatarium transit dominium, quod simul ad hæredem transire non potest, *ex traditis l. 3. § ex contrario. Digest. de acquirend. poss.* qui sane mihi visus est semper ad illum text. verus sensus.

Poterit † tamen communis resolutio obseruari, vt intelligantur eo modo, & sensu, legatarium a morte defuncti dominum fieri, quo & hæredem dicimus adita hæreditate a mortis tempore omnia iura hæreditaria consequi, quia eius aditio retrotrahitur ad tempus mortis, quasi statim mortuo testatore ille hæreditatem agnouisset *l. hæres quandoque, Digest. de acquirend. hæred.* vbi Paulus *numero secundo* de ratione agit: Quocirca per quandam consequentiam defendi recte potest legatarium a tempore mortis defuncti dominum esse, iuxta regulam *l. Legatum 7. ff. de leg. 1.* conce- 25

dentis domino, posse seruo legatum relictum repudiare, quasi sibi acquisitum, quæ secundum sensum hic traditum necessario debet intelligi. Regulantur enim legata quoad dominii acquisitionem ab ipsamet hæreditate, vt sic tunc demum legatarii fiant legatorum domini quando hæres hæreditatis, vt Papinianus docet *in l. Legatum 80. ff. de leg. 2.* in hæc verba, *Legatum ita dominum rei legatarii facit, vt hæreditas hæredis res singulas.* Ecce qualiter ita legatarium dominium assequi I. C. probat ad instar hæredis, qui postquam hæreditatem adiuit dominus efficitur, *per d. l. cum hæredes ff. de acqui poss.* a quo tempore, quia eius aditio retrotrahitur dominus censetur semper fuisse a mortis tempore ergo eodem modo legatarius est censendus dominus a tempore, scilicet, aditæ hæreditatis, non a tempore mortis, nisi per illam fictionem, secundum quam retro omnia trahuntur ad tempus mortis, quod planius *in d. l. legatum,* mihi I. C. visus est, significasse, in verbis statim sequentibus, ibi, *quod eo pertinet, vt si pure res relicta sit, & legatarius non repudiauerit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hæreditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum hæredis.* Ecce quam lepide Iuris consultus postquam adnotauit dominium rei legatæ, tunc demum acquiri legatario, quando totius hæreditatis illud acquirit hæres, & sic quando ille hæreditatem agnoscens adit, subdit, ex ea resolutionis traditione inferri, quod adita hæreditate, recta via legatarius consequitur dominium, quod in hæreditate erat, ipso scilicet iure, non per factum hæredis, cuius traditio necessaria non est, quemadmodum videtur esse, ex regula *l. traditionibus Cod. de pactis.* Explicatur igitur, si recte consideres in ea l. legatum, dispositio *l. a Titio ff. de furtis,* vt recta via dicatur, id est, sine hæredis traditione dominium in legatarium transire, ab eo qui legauit, id est, ab ipsa hæreditate restatorem repræsentante, in qua rei legatæ dominium consistit, donec hæreditas adeatur, & sic legata confirmentur, eorumque dominium in legatarios transeat: denique, quia hæreditas huiusmodi dominium retinet, donec per hæredem agnoscatur, per quandam consequentiam, quia hæreditatis aditio retrotrahitur, & hæres a principio dominus fingitur, quasi statim adiuisset, defendi recte potest, & legatarios dominos fingi, & censeri posse, ab eo, scilicet, tempore quo hæreditas adita desinit hæreditatis nomen habere. Aliter repugnaret, quod hæreditas, postquam est adita fingatur patrimonium hæredis a tempore mortis defuncti, & sic iam exinde hæreditas non esse, & quod nihilominus legatorum dominia contineat defunctum repræsentans, quæ repugnantia, & perplexitas cessat, secundum hunc sensum, quod ad instar hæredis, legatarii a tempore mortis defuncti fingantur, etiam domini, *vt post Bald. tradit Ias. in d. l. Si tibi homo § cum seruus nu. 6. ff. de leg. 1. Corne in l. vnica § in nouissimo n. 2 C. de cadu. tollen. & prius Alber. in l. cum legato n. 3 ff. quando dies lega. cedat.* Quæ vtilis est, meo quidem iudicio, obseruatio. Secundum quam procedit optime communis nostrorum resolutio quæ habet fructus rei legatæ a tempore mortis legatario restituendos esse, *vt tradit Iaso. in l. Seruo legato in princ. nu. 3. ff. de lega. 1.* & est bonus tex. *in l. huic 15. ff. ad legem Aquili.*

Ex † quibus sic resolutis, sane periclitatur, 26
quod supra diximus, ex Pauli responso, *in l. Papinianus 18. ff. de seru.* confusam esse seruitutem hæredi debitam, ex hæreditatis aditione, quia factus est dominus: quę profecto traditio suspecta videtur: quoniam per suprascripta hæredi ante, & post aditam hæreditatem, dominium rei legatæ negatur, quare non est cur confusio illa causari, aut concedi debeat: Quocirca, vt Pauli auctoritas *in d. l. Papinianus* defendatur: necessario respondendum est, vtile tantum dominium legatario concedendum esse, hęredi vero directum. Quod quidem directum dominium causare seruitutis confusionem potest: aliter non video qualiter defendi Pauli traditio *in d. Papinianus 18. ff. de serui.* valeat.

Non † etiam video quomodo facile defendi 27
possit eorum assertio, qui probant fructus rei legatæ productos ante aditam hæreditatem ad hæredem, non legatarium pertinere: nam cum hæreditate iacente percipiantur, illi, penes quem rei legatæ dominium est, applicantur, & simul cum cæteris bonis hæreditariis vnum corpus constituunt: Quare ad hæredem cum vniuersa hæreditate pertinent *l. quod seruus 39. ff. de leg. 2.* vbi ita Papinianus, *quod seruus ante aditam hæreditatem acquisiuit hæreditati acquirit* & videtur id multo planius docuisse Iulianus *in l. Si tibi homo 86. § cum seruus Digest. de leg. 1.* vbi ponit casum, in quo mihi fuit legatus seruus, qui ante, & post aditam hæreditatem multa acquisiuit: controuersiam inter me, & hæredem decidens notabiliter, ita Iulianus definit, vt acceptanti mihi legatum seruum, ille cum acquisitis post aditam hæreditatem tradatur, & si mihi legatum fuisse ignorem, quia meus ille seruus est, & quicquid acquirit mihi, non hæredi acquirit, *vt habetur in princip & § 1. Institution. per quas personas nobis acquir.* Ceterum quæ ille ante aditam hæreditatem acquisiuit, quia meus adhuc non erat, sed magis in dominio hæredis persistebat, & consequenter illi acquirebat, *vt in dicta leg. quod seruus, habetur,* inquit Iulianus, *ad hæredem pertinebunt*: in hæc verba, *Cum seruus legatur, & ipsius serui status, & omnium, quæ personam eius attingunt, in suspenso est, nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur: si non repulerit, ex die adita hæreditatis eius intelligitur, secundum hanc regulam & de iure eorum, quæ per traditionem seruus acceperit, aut stipulatus fuerit, deque iis, quæ legata, vel donata ei fuerint, statuetur, vt vel hæredi, vel legatario seruus singula gessisse, existimetur* scilicet, vt ea quæ ante aditam hæreditatem gessit, & acquisiuit, in hæredis commodum, & vtilitatem cedant, quæ vero post, in ipsius legatarii, nisi ego seruum legatum repudiauero, quia tunc nunquam meus fuisse videtur. Gloss. *in dict. leg. quod seruus 39.* intellexit ante aditam hæreditatem acquisita per seruum legatum hæreditati, reuocabiliter tamen, quia adita postea hæreditate, omnia legatario sunt restituenda. In quo communiter receptam esse, probat Iason. *in l. Seruo legato numer. 3. ff. de leg. 1.* & probabile esse videbatur, ex alia communi, quæ habet, dominium rei legatæ a tempore mortis ad legatarium pertinere, intellecta, secundum sensum a nobis supra traditum. Verius tamen est eam acquisitionem hæreditati irreuocabiliter applicari, & consequenter hæredi, qui omnia interim

interim acquisita retinere iure potest ex verbis *dicta leg. quod seruus 39. ff. de leg. 1.* quæ intelligenda sunt cum effectu, non temporaliter, per *dict. leg. Si tibi homo §. cum seruus*, quæ legatario tantum præstat post aditam hæreditatem acquisita, quod ita in specie adnotauit gloss. *l. Herennius 42. ff. de vsur.* quam communiter receptam esse testatur Alex. *in d. §. cum seruus numer. 6. & ibi Iason. numer. 18. Corn. in l. fin col. 2. Cod. de vsur. & fru. lega.* Quibus adde id iustificari posse, ex his quæ modo resoluimus dominium directum rei legatæ penes hęredem esse, penes legatarium vero, ab adita hæreditate vtile tantum, ante vero nullum. At quia vis huius difficultatis pendet a contrariorum solutione, aduerto legatarium, dominium dumtaxat assequi a tempore aditæ hæreditatis, *vt in iuribus supra proxime citatis habetur*, præsertim *in dict. leg. quod seruus.* Fictione vero iuris, quia aditio hæreditatis retrotrahitur ad tempus mortis, legatarii dominium est, citra præiudicium tamen hæredis, cui ante hæreditatem aditam fructus fuerunt acquisiti. Illa enim retrotractio sine tertii præiudicio intelligitur. *l. Nam & §. 1. & ibi Bartol. ff. de nego. gestis.* Non etiam obstat text. *in l. huic scripturæ 15. ff. ad l. Aquili.* vbi Vlpianus casum posuit, in quo mihi seruus fuit legatus, & ante aditam hæreditatem occisus, cui legis Aquiliæ sit acquisita actio quæsitum est? Et hæreditati acquiri, Iurisconsultus respondit, & consequenter hæredi postea adeunti, quod idem si fuit seruus vulneratus, addit, teneri tamen hæredem legatario actionem cedere, ibi Iurisconsultus docet, in hæc verba; *Huic scripturæ consequens est dicere, vt si ante aditam hæreditatem occidatur legatus seruus, apud hæredem remaneat Aquiliæ actio, per hæreditatem ei acquisita, quod si vulneratus sit ante aditam hæreditatem, in hæreditate quidem actio remansit, sed cedere eam legatario hæredem oportet.* Ex quo responso constat, actionem legis Aquiliæ cedere loco deteriorationis contingentis in seruo legato, quem talem debuit præstare, qualis ille legatus fuit *l. Si a substituto. 47. §. 1. ff. de leg. 1.* quod cum adimplere propter illatum vulnus non potest, actionem l. Aquiliæ prçstãs liberatur. Quod in fructibus perceptis non obtinet, quoniam illis retentis, seruum talem tradit, qualis erat, tempore quo dies legati cessit: ideoque illos restituere non tenetur, nisi probetur, quod gratia illos percipiendi, & lucrifaciendi tardius hæreditatem adiuit, *l. Si vsusfructus 42. ff. de vsuf. Ias. in d. l. Si tibi homo § cum seruus, n. 18. ff. de leg. 1. Corn. in l. fin. in fin. C. de vsu. & fru. lega.* Quæ omnia diligenter obseruanda sunt.

28 Vlterius † amplianda lex nostra in hoc §. *3. tit. 62. lib. 4.* vt non modo procedat in masculo laico, verum etiam in clerico monacho, & quouis alio religioso successionis tamen capace, qui non minus, quam laicus præcedit fœminam, & illam excludit, vt resoluit Butri. *in c. quod clericis de foro comp. & in c. ecclesia S. Mar. de constit.* referens hoc ita consuluisse Ioan. de lign. & Anchar. tradit Lappus, *allega. 103. Pan. in d. c. quod cleri. Bald. & Anchar.* quorum meminit Georgius Natam, *in c. quamuis pactum, de pactis, in 6. col. 55. qu. 16. tradit Decius, conf. 282. n. 8. & 9. Fels. in d. ecclesia S. Ma. n. 80. de constit. Tiraquel. de primog. q. 44. Brunus lib. de statuto exclu. fœmi. arti. 12. a num. 165. Minsinger lib. decisio. imperi. centuria 3. q. 26. firmat communem addi. Roma. singu. 441. & Mathes. singu. 111.* Quam opinionem praxim obseruare post Imol. *in c. dilecti de foro comp.* firmat Natam loco iam citato. Et merito quidem, si considetes, clericus posset vti, & frui priuilegiis laicis concessis, *vt in d. c. dilecti, probatur, & ibi notant DD. & in c. quod clericis, eod. tit.* dummodo illa priuilegia sint fauorabilia, *vt ibi per eos, & per Paulum, conf. 132. col. fin. post Oldra. in conf. 32. Roma. conf. 180. cum aliis relatis a Bruno, in d. artic. 12. num. 172.* Licet contradicant Mathes. *in d. sing. 111.* cuius ad id meminit Cotta, *verbo, clerici, versic. propterea* & Brunus *in d. artic. 12. numer. 173. versic. contrarium.* Eo præcipue moti argumento, quia leges seculares non ligant clericos, & alias personas ecclesiasticas, *vt habetur in d. ca. ecclesia. S. Ma. de constit.* Quare illis vti non possunt clerici, etiam in fauorabilibus, nisi a summo Põtifice sint confirmatæ, *vt ibi per eos.* Non aduertentes posse hoc argumentum procedere, quando leges temporales, etiam de clericis meminerunt, quod facere non valent, etiam si illis sint fauorabiles, secundum prædictos DD. & explicat Imol. *in d. c. dilecti, de foro comp. Panor. in d. c. quod clericis, eod. tit.* Ex quibus hæc resolutio communis obtinet, etiam vbi in fauorem familiæ statutum est, quod masculi excludant fœminas, *vt Minsinger. Brunus, & cæteri supra citati explicant.*

Porro † quamuis verum sit, clericum, & quemuis similem religiosum excludere fœminam sororem: excludere seniorem fratrem, neutiquam potest, *ex his quæ scripsit Ias. in l. fin. C. de pactis num. 25. Decius in d. conf 282. Fels. in c. ecclesia S. Ma. n. 80. de constit. Brunus in d. lib. art. 6. nu. 37. Anto. Marcus de compromissis q. 3. n. 32. vers in hac q. fol. 71. col. 3 si ad fin. omnino Tiraq. lib. de primog. q. 43.* 29

Sed † an monialis a masculo fratre excludatur, vide semper Brunum, *in d. lib. de statuto exclu. fœmi. artic. 6. a num. 32. & 201.* vbi plurima tradit in materia notabilia. 30

SVMMARIA.

1 *Patruus excludit nepotem, ex filio primogenito natum.*
2 *Agitur de ratione huius legis, quæ pendet a gradus prærogatiua.*
3 *Gradus prærogatiua præualet, maxime, in vocatis collectiue.*
Hominis dispositio solum respicit gradus proximitatem.
4 *In contrarium, quod patruus non excludat nepotem, in emphyteutica successione.*
5 *In fideicommissis locum habet repræsentatio*
6 *Repræsentatio, non procedit, in emphyteusi, quæ iure hæreditario non defertur.*
7 *Quare in fideicommissis detur repræsentatio, non in emphyteusi.*
8 *Ad emphyteusim pro filio nominando concessam, non potest nominari nepos, quandiu extant filii.*
9 *Repræsentatio quando locum habeat.*
Extra casus expressos, negatur repræsentatio.
Repræsentationem in fideicommissis non dari qui teneant.
10 *Nominatus capit a domino, non a patre, ideo cessat repræsentatio in emphyteusi.*
11 *Repræsentationem habere locum in emphyteutica successione plures tenent.*

12 *Prærogatiua gradus, potentior ætatis. Filius excludit nepotem, etiam seniorem.*
13 *Fallit in emphyteusi hæreditaria, quia patitur repræsentationem.*
14 *Emphyteusis secularis, pro filiis concessa est hæreditaria, non ecclesiastica.*
15 *Ecclesiastica emphyteusis hæreditaria, quæ sit?*
16 *Concessio pro filiis, non est hæreditaria. Interpret. Ordina. lib. 4. tit. 77. §. fin.*
17 *Emphyteusis pro filiis, seu descendentibus concessa, coniux partem non consequitur.*
18 *In his Regnis emphyteusis, etiam priuata pro filiis concessa, non est hæreditaria.*
19 *Emphyteusis priuata pro filiis concessa, non est hæreditaria.*
20 *Emphyteusim pro filiis concessam, licet accipere, & hæreditatem repudiare.*
21 *In tertiam generationem concessa emphyteusis, hæreditaria non est.*
22 *Emphyteusim nonam pro filiis acquisitam pater, in eorum præiudicium alienare non potest.*
23 *Nepos ex tacita defuncti voluntate, qui voluit filios præferri, emphyteusim non consequitur.*
24 *Vbi vocatur proximior, ibi patruus excludit nepotem.*
25 *Gradus prærogatiua omnes excedit alias. Quando adest filius, nequit nominari nepos, etiam filii præmortui.*
26 *In emphyteutica successione cessat, repræsentatio.*
27 *Ius repræsentationis est speciale, & non egreditur casus expressos.*
Emphyteusis hæreditaria patitur repræsentationem.
28 *In feudis habet locum repræsentatio, & in emphyteusi.*
Argumentum de feudo ad emphyteusim valet.
29 *Repræsentatio habet locum, etiam in successione pendente ab hominis dispositione, & consequenter in emphyteusi; & fideicommisso contra Baldum & alios.*
Quando fideicommissum est iniunctum ab ascendente vel etiam emphyteusis concessa, sine dubio concedenda est repræsentatio.
30 *Fœmina non capit emphyteusim, pro filiis concessam.*
31 *Fallit in emphyteusi concessa pro eo, qui nominabitur, ad quam potest nominari fœmina.*
32 *Fallit in concessione facta pro hæredibus quæ fœminas includit.*
Fallit etiam in concessione simpliciter facta, in tertiam generationem, quæ includit fœminas, nisi verba concessionis repugnent, aut statutum patriæ illas excludat.
33 *Ius primogenituræ inter fœminas considerabile.*
34 *Filia excludit nepotem.*
35 *Gradus prærogatiua filia, excludit nepotem.*
36 *Fœmina tunc excluditur a masculo, quando sunt in eodem gradu.*
37 *Interpretata extrauagans 12. tit. 1. par. 6.*
38 *In contrarium, imo, quod fœmina etiam proximior excludatur a masculo remotiore.*
Amitam excludit nepos, quam excluderet pater.
39 *Nepos succedens, per transmissionem, excludit amitam.*
40 *Fallit in emphyteusi hæreditaria, in qua nepos, excludit amitam.*
41 *Neptis repræsentans patrem masculum, an excludat amitam.*
42 *Qualitas sexus masculini, non transit in fœminam repræsentantem.*
Repræsentatio, est fictio, quæ super impossibili de natura cessat.
43 *Fœmina repræsentans masculum, caret prærogatiuis sexus masculini.*
44 *Arestum in fauorem neptis, contra amitam seniorem.*
45 *Nepos repræsentans fœminam non fruitur prærogatiua sexus virilis, & proinde non excludit patruum masculum.*
46 *Filius non potest esse melioris conditionis, quam est mater.*
47 *Filia incapax, non excludit nepotem.*
48 *Filiorum appellatione continentur nepotes.*
49 *Quando plures concurrunt nepotes, quis præferatur.*
50 *Nepos repræsentans primogenitum, ceteros excludit nepotes, non neptis, quæ solum excludit nepotes ex fœminis.*
51 *Nepos ex filia senior, ceteros excludit, etiam ex masculis natos, vbi cessat repræsentatio.*
52 *Vbi fœmina excluditur, ibi etiam masculus ex ea submouetur.*

QVÆSTIO XVII.

NOtabilis † sane est hæc Ordinatio, in qua sancitum est patruum, præcedere nepotem, ex primogenito filio natum, ibi, *Onde hi vuuer odito filho, ou filha, non auerà dito foro neto, ou neta, posto que o neto seia filho, de filho mais velho, &c* id est. *vbi exstiterit filius aut filia, non consequuntur emphyteusim nepos, neptisve quamuis nepos ex filio primogenito descendit.* In quo singularis est ad decisionem difficilis illius, & controuersæ quæstionis inter patruum, & nepotem, contendentes super Maioratus successione, ad cuius decisionem hanc legem induxerunt Costa, *de Regni success. pag. 102 ad finem, cum seq. & Pinellus, in l. 1. C. de bonis ma. 1. par. n. 69. & in l. 3 numer. 23. eod. titul. fol. 191.* quam quæstionem nos hic sedulo missam fecimus, quia eam copiose tractauimus, *in lib. nostro quæstio. forens.* 1

Pro † huius legis decidendi ratione prænotandum est, eam loqui in emphyteusi concessa *pro eo, qui nominabitur.* In qua specie, quia omnes abintestato succedentes pariter videbantur vocati, ex regula *l. Conficiuntur ff. de iure codi.* omnes similiter videbantur nominati, & sic inter eos non minus, quam inter plures hæredes scriptos diuidenda, saltem per æstimationem erat emphyteusis, iuxta regulam traditam *in §. 1. hoc eodem tit. 62.* quod legis latori iniquum visum fuit, iurisque nostri præceptis contrarium in specie prædicta concessionis, *pro eo, qui nominabitur*, idest, *si nominabitur*, conditionaliter factæ, quæ expressam exigit nominationem, nec tacita contenta est, quia conditionalia in forma debent specifica adimpleri *l. Mauius. & l. qui conditionis ff. de condit. & demonstra.* Qua ratione ne in pluribus grauaret dominum directum, qui pro vno tantum nominando non pluribus emphyteusim concessit, aliter, vt nullo nominato extincta concessio maneret, ne id contingeret, 2

tingeret, defuncti mentem pie interpretatus legislator statuit, proximiorem gradu, tanquam magis dilectum videri a defuncto nominatum, & inter pares gradu primogenitũ, rursus masculũ, & non fœminas, propter charitatis, & dilectionis ordinẽ, secundum quã intentionẽ, concurrente filio, vel filia, & nepote etiã ex primogenito nato, voluit filiũ, filiãue præferri, quasi primo loco nominatos, propter gradus prærogatiuã. Quę fortior, & potẽtior est, & secundũ eam ordine successiuo descendentes, & agnati videntur vocati, *iuxta ea quæ traduntur in l. Gallus §. quidam recte ff. de lib. & posthu. & in l. cum ita §. in fideicommisso. ff. de lega. 2.* Vt nos iam supra *q. 13. n. 3.* aduertimus.

3 Hæc † enim gradus prærogatiua, cæteras excludit *§. si plures institut. de legitim. agnat. success. habetur in d. § in fideicommisso,* ibi. *proximo gradu procreati sunt:* vbi Baldus Albericus Cumanus & Paulus resoluunt, non omnes de familia audiendos, sed illos dumtaxat, qui in primo gradu constituti sunt, dicit communem, Alciat. *ibi. numero 7.* Quod verum maxime est, quando plures collectiue vocantur, *vt tradit Corne. lib. 2. consi. 22. numer. 10. Rubeus, consi. 36. numer. 5. Ange. cons. 38. numer. 3. Alexand. consil. 35. lib. 4. numer. 1. Socin. cons. 86. numer. 8. lib. 3.* firmans communem & Ioan. a Garro. *in l. 1. Cod. de secundis nup. numer. 68. cum sequent.* Qua ratione cum in casu d. §. 3. defunctus intestatus decedens videatur collectiue vocasse sibi abintestato succedentes, dicendum est vocasse eos, qui primum obtinent locum, & consequenter filios, quibus prima successionis causa conceditur. Quamobrem quandiu hi adsunt, siue sint masculi, siue fœminæ in adipiscenda emphyteusi præualere debent, vt tradit Cumanus *consil. 107. ad medium.* sic intelligens gloss. verbo, *proximo, in d. §. in fideicommisso,* vt in casu illo in fideicommissi assequutione præualeat, gradu proximior, quamuis remotiori gradu constitutus aliquando cum eo simul succedat, *vt habetur in authentic. cessante Codic. de legitimis hæredibus concordãt Decius, consil. 1 numer. 1. & Gozad consil. 4. numer 6.* atque etiam Peralta, *in d. §. in fideicommisso, numer. 19.* resoluentes, in fideicommissi successione, & quauis alia simili, pendente ab hominis dispositione, qualis est etiam hæc emphyteutica, gradu proximiorem præferri: quamuis remotior, id est, nepos cum eo ad hæreditariam successionem vocetur. Procedit enim ea vocatio in successione hæreditatis a lege, non ab homine delata. Hæc enim, quæ ab hominis dispositione pendet, gradus tantum prærogatiuam, secundum quam regulariter successio defertur, respicit. *tradit Alciatus responso 52. numero nono & decimo.* Sic enim videtur, emphyteusis a domino concessa, vt per gradus descendat, illorum prærogatiua obseruata, vt nominatim *d. §. in fideicommisso. in fin.* vtraque lectura adnotauit Cumanus resoluens, quod vbi ecclesia emphyteusim concessit, *mihi & liberis meis,* ita videtur concessisse, vt soli filii exclusis nepotibus admittantur, quod etiam Alexand. placuit, *consil. 129. numer. 5. libro quinto* & Rubeo *in l. Gallus §. quidam recte Digest. de liber. & posthum. numer. 135 cum sequent. & post Bened. Costa, in lib. de Regni successi. pagin. 36.* quod a ratione supra scripta procedit, quia emphyteusis concessa, *pro filiis,* debet regulari, secundũ graduũ successionẽ.

Ceterum † non me fallit, ex nostris auctoribus 4 magnam turbam intellexisse gloss. *in d. §. in fideicommisso,* voluisse in fideicommissi successione nepotem simul cum patruo admittendum, quemadmodum admittitur ad hæreditatis successionem, per *§. cum filius institut. de hæredita. quæ abintest. defert.* secundum quem sensum, nominatim in emphyteusi loquutus plures referens eam gloss. citat Goza *consi. 53 numero quarto* resoluens, negandum non esse nepoti emphyteuticæ successionis concursum cum patruo, quando illi nec negatur hæreditatis successio, secundum quam, inquit, regulandam esse emphyteuticam successionem, vt illi concedatur, cui & hæreditas, & econtra negetur, cui & ista negatur, quæ vtrique receptior opinio est, *ex his, quæ scripsit Tiraquellus libr. de primogen. q. 40. num 191.*

Secundum † quam sententiam, & interpreta- 5 tionem crebrius obtinuit, in fideicommissis dari repræsentationem, per quam nepos intrans locum patris, simul, cum patruo succedit, vt probant Paulus, & Imol. *in d. § in fideicommisso* testatur communem Alexand. *cons. 26. numer. 13. lib 3. & Aret. cons. 16 1. col. fin. Corne. in l. fin. num. 5. Cod. de verbo. signific.* firmans ab hac opinione recedendum non esse in praxi, & latius hanc defendit Iason. *libr. 2. cons. 215. col. 4. cum sequent. & Alciat. in d. §. in fideicommisso numer 11. & ibi Peralta, a numer. 20.* adde Molinam *lib. 3. de primogen. cap. 7. n. 20.* idem etiam resoluentem.

Animaduerto † tamen, hanc resolutionem in 6 fideicommissis admissam, neutiquam concludere idem obseruandum fore in emphyteusi, cuius successio repræsentationem ignorat, nec illam patitur, quia repræsentatio solum locum obtinet, quando iure vniuersali hæreditario succeditur, non quando iure particulari nominationis, aut simili, quali in emphyteusi succeditur, *vt tradit Decius cons 1. Paris lib. 2 cons. 30. n. 63. Rolandus cons. 68 nu. 14. cum seq. Costa, lib. de Regni successio pagin. 177. ad fin.* qui nominatim repræsentationem in emphyteutica successione negat, & clarius *pag. 173. ad fin.* vbi ait, huius l. Regiæ *in §. hoc 3.* eam rationem esse, quia emphyteusis, priuilegium repræsentationis non admittit. Quod etiam Pinellus *in 1. par. l. 1. de bonis mat. post nume. 69.* agnouit, firmans hanc l. Regiam repræsentationis priuilegium abnegare. Quod etiam Valasco *lib. de iure emphyteutic. quæstio. 50. numero quinto in fi.* placuit. Quare omnes in hoc fine conueniunt, quod emphyteutica concessio repræsentationem non patitur: & propterea in hoc §. 3. filia, nedum masculus filius nepotem excludit. Non igitur ad rem facit communis suprascripta resolutio, quod in fideicommissis locum habet repræsentatio: siquidem oppositum in emphyteusi per supra dicta resoluendum est.

Animaduerto † tamen, hac in re, nullam a præ- 7 fatis auctoribus præscribi differentiæ rationem inter fideicommissum, & emphyteusim, siquidem vtriusque successio a particulari, non vniuersali iure hæreditario procedit: qua ratione in vtraque concedenda repræsentatio est, idque post alios nominatim probat Gozad. *consil. 53. numero quarto* firmans hoc repræsentationis iure, & priuilegio nepotes simul cum filiis, ad successionem emphyteuticam admittendos.

8 Ceterum † doctissimus præceptor meus Pinellus loco iam citato, hanc forte persentiens difficultatem, intelligit legem Regiam *in hoc* §.3. ideo negare, nepotem audiri posse, quia (inquit) ibi agitur, de concessione facta, *pro filiis*, seu, *vno de filiis eligendo*. In qua specie quandiu extant filii, nominari nepos non potest, repugnante, scilicet concedentis voluntate, *l. cum pater* §. *hæreditatem, in 1. ff. de leg.* 2. ibi, *de aliis eligendi potestas non fuit.* & ibi Alberic. hoc adnotauit, & Soci. *in l. Gallus* §. *instituens, ad finem ff. de liber. & posthum. Roma consil.* 438. *prope finem* & est de mente gloss. *in l. vnica Codic de his qui ante apertas tabul.* tradit Pelaez *libro primo de primogen. quæst.* 15. *numer.* 12. Qua ratione opinatur l. Regiam iure optimo negare repræsentationem, & consequenter posse nepotem ex primogenito filio natum, patruos excludere. Vellem profecto tanti viri doctrinam probare, ac sequi, sed id salua dignitate mea facere non possum, si recte consideres Lector optime illum virum plane docere, concedendam esse repræsentationem, quando emphyteusis generaliter fuerit concessa in fauorem cuiusuis nominandi, taliter quod pater citra filiorum iniuriam potest, nepotem omissis filiis nominare: quoniam tunc cessat prædicta ratio, & dominica resistentia, quæ filios tantum permisit nominari posse, non nepotes, quæ sane resolutio ex diametro pugnat cum dispositione l. Regiæ, *d.* §.3. quæ non mutat casum concessionis in dicto principio propositæ, in qua, emphyteusis fuit concessa, *pro eo, qui nominabitur*, non filio, aut filia, vt Pinellus incaute nimis arbitratus est (parcant mihi clari manes doctissimi viri) qui non attendit legem nostram Regiam *in hoc titul.* 61. de emphyteusi in genere concessa, *pro eo, qui nominabitur*, loqui: in titulo vero *seq.* 63. de aliis agit concessionibus, & *in* §. 5. *illius tituli*, de illa concessione, *pro filio, vel filia nominandis* agit. Quare sedulo cauendum est, a Pinelli doctrina, quæ plane repugnat l. Regiæ oppositum probanti: siquidem repræsentationem nepoti negans, quando emphyteusis fuit concessa, *pro eo, qui nominabitur*, statuit illum, non a masculis patruis tantum, sed ab amitis submoueri.

Quamobrem attentius multo videtur loquutus Valascus *de iure emphyteutico quæstion.* 50. *numero quinto in fin.* intelligens legem Regiam referendam in hoc §. 3. esse ad speciem, qua emphyteusis fuit in genere concessa, *pro eo, qui nominabitur*, non *pro filio nominando* (vt Pinellus credidit) cuius doctrina ad casum l. Reg. *lib.* 4. *tit.* 63. §. 5. contemnenda neutiquam est.

9 At quia † nec Aluarus Valascus aliter docet, cur magis concedatur repræsentatio in fideicommissi, quam emphyteusis successione, quæ particularis est, in vtroque casu adnotandum ego censeo gloss. sententiam *in d.* § *in fideicommisso. l. cum ita Digest. de lega.* 2. necessario restringi debere ad eos casus, in quibus secundum iuris nostri præcepta, & traditiones concedi priuilegium repræsentationis potest, & sic cum agitur de succedendo, per fideicommissum ascendentibus, ad quorum successionem specialiter concessum est, nepotes præmortui parentis locum intrantes, simul cum patruis posse concurrere, & succedere *d.* §. *cum filius instituit. de hæredi. quæ ab intestato deferun.* Quod idem obtinuit, quando agitur de succedendo fratri mortuo, cuius hæres frater alterius fratris filium submouere a successione non potest. *auth. cessante. Codic. de legitim. hæredi.* extra hos casus, si agatur de successione alterius personæ, vtique neganda repræsentatio est. *Ange. in d.* §. *cum filius, numero secundo tradit Decius in dicto consilio primo.* Quocirca quod gloss. ait *in d.* §. *fideicommisso*, concedendam esse in fideicommissis repræsentationem, necessario restringendum est, ad prædictos duos casus, in quibus illi tantum locus conceditur. Vnde si fideicommissum ab alia persona est iniunctum, quam ab ascendente, aut patruo, vtique neganda est repræsentatio. Secundum quem sensum, & ad quam speciem restricta defendi potest sententia Bald. *in d.* §. *in fideicommisso, ad finem* contendentis, in fideicommissis negandam fore repræsentationem, quem sequuntur plurimi a Tiraquello relati, *de primogenito quæstion.* 40. *numero* 189. & Couarruuias *lib. qq. forens. cap. fin. numero quarto* quibus accedit Bellon. *consil.* 50. *numero secundo* firmans hanc magis receptam sententiam, quam in his terminis Iureconsultus probat *in l. si libertus* 23. §. 1. *Digest. de bonis liber.*

Ex † quibus sic perpensis iam infertur, in emphyteutica successione cessare hoc ius, & priuilegium repræsentationis. Clarum enim est, filium nominatum, non a patre primo acquirente capere, sed magis a domino, secundum communem per text. *ibi in l. vnum ex familia* §. 1. *ff. de leg.* 2. qui cum sit extraneus, nec vllus de prædictis personis, proculdubio cessat repræsentatio, ex ratione, *de qua supra proxime.* Quod ita in specie vtiliter adnotauit Costa, *lib. de Regni successione, pagin.* 36. *ad finem cum sequent.* 10

Vnde † cauendum sedulo est, in his Regnis, a Corneo, *lib.* 2. *consil.* 24. *col. finali*, qui in fauorem nepotis, consuluit, concedens illi ad emphyteuticam successionem ius, & priuilegium repræsentationis, quemadmodum, & ad obtinendam hæreditatem conceditur, per *d.* §. *cum filius*, quem ad emphyteusim extendit, ex auctoritate gloss. *in d.* § *in fideicommisso. l. Cum ita, Digest. de legat.* 2. Paulus & Imola, *ibidem, cum aliis, quæ supra adduximus, fol. præcedenti, numero quinto versicul. secundum quam sententiam.* Cui opinioni accedunt plures, quorum meminit Couarruuias *lib. quæstio. practi. cap. fin. post numer.* 13. *& Tiraquel. de primogenit. c.* 40. *num.* 19. *&* 185. *Gozadin. consil.* 53. *num.* 4. de quo sane paulo ante meminimus. 11

Sed eorum sententia in his Regnis nullo modo admitti potest, ex auctoritate *l. Regia in hoc* §. 3. plane probantis negandam esse repræsentationem, quando per eam nepos emphyteusim petit, ex ratione, de qua supra, secundum quam legis huius Regiæ dispositio, iuris nostri præceptis, & traditionibus consentanea esse videtur.

Quæ † resolutio, ex eo procedit, quia in terminis huius §. 3. (in quo agitur de emphyteusi concessa, *pro eo, qui nominabitur*) nullo nominato, legislator, ne emphyteusis extincta maneret, sequutus tacitam defuncti voluntatem (qui in dubio, propter ordinẽ charitatis, & dilectionis videtur ordine successiuo abintestato successuros vocare, 12

cate, iuxta regulam *l. consiciuntur ff. de iure codi.* coniuncta *l. Gallus §. quidam recte ff. de lib. & posthum.*) voluit, filios nepotibus præferri, quia in proximiori sunt gradu, & proinde magis dilecti. Hęc enim gradus prærogatiua, ceteris potentior est, *vt supra diximus, & tradit Costa, de Regni success. pagin. 48.* Quo fit, vt præualere filius debeat, & si nepos illo sit senior, *vt Costa in dict. lib. pagin. 47. adnotauit.*

13 Limitari † tamen ista debent, & intelligi in emphyteusi concessa, *pro eo, qui nominabitur*, vel, *pro vno filio nominando*, iuxta formam traditam *hoc lib. 4. titul. 63 §. 5.* in quibus casibus, ex argumento, de quo supra, quia iure vniuersali hæreditario emphyteusim nominatus non consequitur, repræsentationis priuilegium cessat, *vt tradunt Couarru. in d. cap. fin. lib. qq. practi. & Alua. Valascus de iure emphyteut. quæst. 50. post numer. 4.* resoluentes, in emphyteusi ecclesiastica cessare repræsentationem, quia illam consequimur, ex dominica concessione, non titulo hæreditario: cuius proinde contrarium testantur obseruandum in emphyteusi profana, quæ ad filios transit, tanquam hæredes, idest, iure hæreditario, & si simpliciter, *pro filiis* concessa reperiatur. Quæ profecto vtilis est, & notabilis limitatio ad hunc §. *3.* vt non procedat in emphyteusi seculari, *pro filiis, & nepotibus*, seu *pro descendentibus*, concessa, quoniam hæc hæreditaria reputatur, & in ea iure hæreditario succeditur. Quocirca ab hæreditate regulatur, & secundum eam iudicatur, & propterea quemadmodum ad hæreditatem obtinendam repræsentatio conceditur, vt nepos simul cum patruis succedat, & concurrat, ita eadem concedenda est ad consequendam emphyteusim, ad quam sane speciem reduci commode potest. *Corneus consil. 24. colum. fin. de quo supra numero 11.* Cuius contrarium obtinet in emphyteusi ecclesiastica, quæ in hoc a seculari, sine dubio, differt.

14 Hæc † enim *pro filiis*, seu *descendentibus* concessa hæreditaria censetur, *vt adnotauit Bartol. & communis cum eo in l. quod dicitur ff. de verbo. obliga. Alciat. regula 1. præsump. 31. Auchar. consi. 319. dixit communem, post Imol. Corne. consil. 282. ante num 11. lib. 3. Valascus de iure emphy. q. 49. n. 2. versic. porro col. 4. in prin. & q. 44. n. 6. Galeaula in l. Gallus §. quidam recte n. 31 ff. de libe. & posthu. & ibidem Rubeus n. 149.* Cuius oppositum, sine dubio, resoluendum est in emphyteusi concessa, *pro eo, qui nominabitur*, quia hæc hæreditaria non est, & propterea repræsentationem respuit, *vt in hoc §. 3. habetur.* Quod idem est obseruandum in emphyteusi, *pro vno filio nominando*, stipulata, iuxta formam *l. Reg. tit. 63. §. 5.* quæ similiter hæreditaria non est, *vt lib. 4. tit. 77. §. 32.* probatur, vbi nominatus filius huiusmodi emphyteusim conferre non tenetur, quemadmodum teneretur, si hæreditaria illa foret, ex regula *l. item prædia ff. familiæ herciscundæ. Bartolus & alii, dict. leg. quod dicitur Ordi. lib. 4. titul. 77. §. pen. & fin.* Et hoc sane verum esse ingenue fatentur Pinellus, & Costa in locis supra citatis, atque etiam Valascus, *de iure emphyteut. q. 50. auten. 6.*

15 Porro † ecclesiastica emphyteusis hæreditaria tunc erit censenda, quando *pro hæredibus, & successoribus* concessa reperietur, vt communiter DD. resoluunt *in l. Gallus §. etiamsi parenti ff. de lib. & posth. Bar. in l. si tibi dem §. si pactus ff. de pactis & in l. quod dicitur in 2. ff. de verb. obli. rursus, & in l. iurisiurandi §. si liberi ff. de operis liber. Canonistæ in c. præsentia, de proba.* tradunt Valascus *de iure emphyteut. quæst. 43. numer. 1. & 4. & Rubeus cons. 164. numer. 9. Couarru. lib. 2. resolu. ca. 2. nu. conclus. 6.* & habemus nos bonam l. Reg. *lib. 4. tit. 77. § pen.*

Ex † quibus deducitur contrarium respondendum in emphyteusi concessa, *pro filiis*, seu *liberis*, aut *descendentibus*, nulla hæredum facta mentione: quæ quidem concessio hæreditaria non est, sed magis ex prouidentia dominica filiis ius dicitur deferri, vt resoluunt Isernia, ceterique feudistæ *in cap. 1. an agnatus, vel filius*, Pinellus, & alii, quorum meminit Valascus *de iure emphyteut. quæst. 43. nume. 2.* cui adde Costam *lib. de Regni success. pagin. 38.* & Iulium Clarum semper videndum, *lib. 4. senten. q. 37. verbo, emphyteusis. & verbo, feudum qu. 19. rursus, & d. verbo, emphyteusis q. 28.* & bonam l. Reg. *lib. 4. tit. 77. fin.* vbi constituitur grandis differentia inter emphyteusim concessam, *pro hæredibus, & successoribus.* & concessam, *pro filiis, & hæredibus tantum.* Illius enim partem tanquam hæreditariæ consequitur coniux iure communicationis bonorum, de qua *libro quarto titul. 7.* quæ etiam in hæreditaria emphyteusi procedit, quia hæc alienabilis est, & in tertium transferri potest, in filiorum præiudicium ad instar aliorum bonorum patrimonialium, secundum quod tradit Cur. seni. *consil. 82. numero sexto Paris. lib. 1. cons. 2. numer. 17. & 31.* Quare iure optimo huius emphyteusis iure communicationis partem consequitur vxor tanquam in eius fauorem alienatam, *vt etiam Valasco placuit quæstio. 43. n. 9.* 16

Huius † autem emphyteusis, nempe, *pro filiis*, seu *descendentibus* concessæ, coniux partem illam non consequitur, quia ex pacto, & prouidentia dominica ad solos filios pertinet, nec in extraneos transire, aut alienari in filiorum pernitiem, & damnum potest: quia hæreditaria huiusmodi pro liberis facta concessio nō est: qui est verus sensus, & genuinus illius l. Regię constituentis differentiam inter concessionem, *pro liberis* simpliciter, & *pro liberis & hæredibus*, plane docentis illam hæreditariam non esse, & propterea alienari, & consequenter communicari non posse hanc vero posse vt notabiliter agnouit, & docuit Costa, *lib. de Regni success. pag. 39.* cum præcedente ex qua l. Regia sic perpensa, & explicata duo deducuntur in praxi notabilia semper menti tenenda. 17

Primum † quod in his Regnis emphyteusis secularis, seu a seculari persona concessa, *pro filiis*, seu *descendentibus*, hæreditaria non est, nisi etiam pro hæredibus concedatur: quamuis verum sit, quod de iure communi, omnis emphyteusis profana, seu priuata hæreditaria reputatur, vt diximus. Nisi dict. leg. Regiam obtorto collo restringas ad emphyteusim ecclesiasticam, quæ nisi pro hæredibus concedatur, hæreditaria non est, in quo a priuata differt, secundum communem, *teste Alexand. libro quinto consil. 129. numer. 2. Iulio Clar. libro quarto senten. verbo, emphyteusis quæstion. 37. in princip.* quā restrictionem ego probare vix possum ob d. l. Regiæ generalitatem, & potestatis defectum, quæ regulariter de bonis ecclesiasticis disponere non valet, *vt iam supra suo loco adnotauimus.* ad quod 18

ſane debuiſſet attendere Valaſcus *q.4.n.6.* dictam differentiam probans.

19 Cui † traditioni nec ego ſum ſolitus accedere, quatenus habet priuatam emphyteuſim, *pro filiis*, conceſſam hæreditariam eſſe, quaſi intelligatur pro filiis hæredibus conceſſa: cuius oppoſitum verius credo, imo quod eam emphyteuſim filii obtinebunt, vt filii non tanquam hæredes, qua propter, & ſi hæredes non ſint illam petere filii poſſunt, vt notabiliter Vlpianus docuit *in l. quodcunque 45. ſi quis Digeſt. de verbo. obliga.* cuius hæc ſunt verba, *Poſt mortem meam filiæ meæ dari, ſiquis ita ſtipulatus ſit, filiæ vtilis actio competit, licet hæres non exiſtat.* & ibi hoc adnotarunt gloſſ. & Doctores communiter quamobrem attente profecto loquutus Couarruuias *libro ſecundo reſolut. cap. 18. numero quarto verſicul. ſeptimo* hanc probauit ſententiam, quaſi veram, dubioque carentem licet illum carpere non dubitauerit Valaſcus *in d. quæſt. 44. numero 6.* non agnoſcens, quod contraria ſententia, quam ille veriſſimam putat, in ea tantum ſpecie admitti poteſt, in qua emphyteuſis ſimpliciter fuit alicui conceſſa, nulla filiorum aut hæredum commemoratione facta, prout contingit, quando alicui eſt ſimpliciter res conceſſa, ſub titulo emphyteutica, verbi gratia, *Concedo tibi hanc rem pro annuo cenſu decem aureorum ſoluendorum in emphyteuſim poſſidendam, & habendam.* In qua ſpecie, dicitur conceſſio, pro hæredibus facta, & filiis tanquam hæredibus prouiſum, & propterea hæreditaria talis conceſſio cenſetur, vt notabiliter admonuit Rubeus *conſil. 85. numero quarto & conſil. præced. numero 3. Couarruuias lib. 2. reſolu. cap. 18. n. 4. verſ. primum.* Secundum quem ſenſum verum eſt, quod Valaſcus adnotauit, pro filiis conceſſam a priuato emphyteuſim, hæreditariam eſſe, quaſi filiis, vt hæredibus, non vt filiis conceſſam, vt voluere Bart. & quidem alii, quorum auctoritate ad ita pronunciandum Valaſcus mouetur, quibus tu adde Alexand. *lib. 5. conſ. 125.* & eius addi. qui licet hoc illud voluerint, oppoſitum, verius eſt, imo quod non eſt hac in re conſtituenda differentia inter eccleſiaſticam, & profanam emphyteuſim. In vtraque enim conceſſione niſi hæredum fiat mentio, iudicandum eſt, hæreditariam non eſſe, vt etiam reſoluit Iulius Clarus *lib. 4. ſenten. §. emphyteuſis q. 37. col. 2.* firmans communem.

20 Quam † confirmare licebit, ex alia communi ſententia, quæ habet huiuſmodi emphyteuſim conceſſam, pro filiis, capere filios poſſe, & hæreditatem repudiare: quod minime quidem potuiſſent, ſi hæreditaria emphyteuſis fuiſſet. Antecedens, probat Salic. *in auth. vnde ſi parens n. 5. C. de inoff. teſtam. Alex. in l. quod dicitur, ff. de verbo, obliga poſt n. 19. Iaſ. qui teſtatur communem, in l. 2. C. de iur. emphy. nu. 188. Alcia. regula. 1. præſump. 31. n. 1. Iulius Clarus in d. qu. 37. col. 2. in fin.* & nos iam ſupra adnotauimus *q. 10. n. 45.* Porro hæreditariam emphyteuſim, repudiata hęreditate retinere filium non poſſe, reſoluunt Iaſon. *in l. Si non ſortem §. libertus, poſt numero 35. & Iulius Clarus in d. §. emphyteuſis, libro quarto ſenten. qu. 37. col. 3. verſicul. in ſecundo autem caſu & in §. feudum q. 76.*

21 Ex † quibus, vbi emphyteuſis ſimpliciter eſt conceſſa in tertiam generationem, vtique hæreditaria cenſenda non eſt, ſed magis in fauorem filii, & nepotis. Conſiderari enim magis debet naturalis ſanguinis coniunctio, quam ciuilis hæreditaria, *vt cum Corneo, conſ. 100. litera D. lib. 4. reſoluit Iulius Clarus lib. 4. ſententi. §. emphyteuſis q. 37. in fine.* Quæ ad præſens ſufficiat adnotaſſe, cætera *infra hoc titul. §. fin.* tractabuntur, ad hæreditariam emphyteuſim pertinentia.

Quamobrem † ex d. l. Regia deducitur in his 22
Regnis obſeruandam eſſe eorum ſententiam, qui probant emphyteuſim, *pro filiis*, conceſſam, in eorum præiudicium patrem acquirentem alienare non poſſe. Cuius ſententiæ auctores refert Valaſcus, *lib. de iure emphy. q. 49. nu. 6. verſ. alii.* qui, & ipſe hanc vti veriorem ſequitur ſententiam, & nos alibi fuſius tractauimus: & miror quidem d. legis Regiæ virum illum in forenſi militia tam inſignem aduocatum non meminiſſe.

Prædictis † itaque ſic, vt decet, enodatis reſol- 23
uendum eſt l. hanc Regiam in hoc §. 3. iuris noſtri traditionibus adhærentem iuſta ratione ſtatuiſſe, parentem abinteſtato decedentem, filios in primo gradu exiſtentes maluiſſe nominare obſeruata, ſcilicet ætatis prærogatiua, *vt in d. §. 3. habetur.* Quibus extantibus, ſiue maſculi ſint, ſiue etiam fœminæ, intellexit legiſlator noluiſſe parentem, nepotem nominare, propter gradus prærogatiuam, quæ potentior eſt: eaque ratione, negauit nepoti nato etiam ex primogenito emphyteuſim, extante patruo, aut amita, qui ob gradus proximitatem tanquam magis dilecti nominati videntur, non nepotes, qui in remotiori ſunt gradu: quæ profecto vtilis eſt, & prompta ratio, per quam nepos ſubmouetur, abſque vllo examine illius quæſtionis, *an per repræſentationem ille intrans locum patris, cæteros præcedere debeat.*

Vera † eſt enim, & recepta ſententia, inter ne- 24
potem, ex primogenito natum, & patruum ſecundogenitum, omnem ceſſare controuerſiam, quoties cōceſſio vocat gradu proximiorem, quo caſu omnes concordant, in fauorem patrui eſſe reſpondendum, quia proximior eſt. *Doctores in l. cum ita §. in fideicommiſſo ff. de leg. 2. Decius conſil. 1. Pariſ. lib. 2. conſ. 37. num. 66. cum ſeq. & 72. Afflict. in cap. 1. de natura ſucceſſio. num. 29. Paulus a Couarruuia relatus, lib. qq. practi. cap. fin. num 5. verſicul. ſecundo contra gloſſ. & verſicul. tertio ad intellectum*, vbi alia adducit concordantia *verſicul. quarto, vt fideicommiſſum, & ſeq. Pariſ. lib. 2. conſ. 38. in prin. Coſta, lib. de Regni ſucceſſ. pagin 33 Tiraquell. de retra. §. 11. gloſſ. 9. numer. 2. Oliuerius, de gradibus q. 17. numer. 22. pagin. 111. Valaſcus, de iure emphyt. q. 50. nu. 16. verſic. huic etiam, & nu 36. cum ſeq.* qui alios plures refert. Concordant Rolandus *in conſilio pro Triuultiis nuper edito n. 32.* & in eo etiam conſilio pro Triuultiis, Moya Doctor egregius, *num. 1.* quem Salmanticæ iura Canonica interpretantem, audiuimus, & Perez, *in l. 1. tit. 6. lib. 1. Ordi. colum. 242 ad finem.* concordat etiam Zanchus, *in præcitato conſilio pro Triuultiis, numer. 21.* atque etiam Molina, *lib. 3 de primogeni. Hiſpan. cap. 8. num. 11. & 16. & in additio. num. 12. in fine.*

Et † eſt (meo quidē iudicio) tuta, & neceſſaria 25
traditio Coſtæ, ſi ei credimus, *d. lib. de ſucceſſ. Regni, pagin. 121. in fine.* & Tiraquel. *lib. de primogen. q. 40. nu. 159.* reſoluentium gradus prærogatiuam, vbicunque conſideratam, omnes alias pręcedere quibus adde Pariſ. *lib. 2. conſil. 20. a n. 25. & conſ. 30. numer 57.*

cum

cum ſeq.& conſ.39.num. 10.rurſus, & conſ.40.n.18.cum ſeq.& n.24.Denique & conſ.90.in fine. & conſi.ſeq.n.13. Corn.conſ.199.n.28.lib.2.Tiraq.lib de primogen.q.10.nu. 25. Couarruuias lib. 3.reſolut.cap.5.numer.5.ad finem. Ex quibus proculdubio id quo diximus, iuſtificatur in caſu huius §.3. præferri patruum, & amitam nepoti, ex primogenito nato, quia defunctus parens, prout legiſlator intellexit, in primo tantum gradu exiſtentes abinteſtato principaliter vocauit, non nepotes, qui iure ſingulari, & priuilegio repræſentationis ſuccedunt: Quod vtique aduotandum eſt, etiam ad caſum *titul. 62. §. 5. infra hoc titul.* vbi ſimiliter ad emphyteuſim conceſſam, pro vno filio nominando, nominati nepos non poteſt. Interpretor ego etiam, ſi nepos ſit orbus patre, cuius locum, per repræſentationem obtinet. Quandiu enim is adeſt, filius nominari ad emphyteuſim non poteſt, vt ea l. Regia cauetur. Non enim *de aliis, quam filiis, fuit eligendi conceſſa poteſtas*, inquit Iureconſultus, *in l. cum pater §. hæreditatem in 1. Digeſt. de lega. 2.* quæ optima profecto eſt ad eam legem Regiam declaratio, quam ad *d. §. 5.* debuiſſet obſeruare Pinellus, de quo ſupra, *numero* 8. non ad hunc §. *3.* cui illa minime conuenit.

26 Ex † huius igitur legis Regiæ in hoc §. *3.* vera, & notabili decidendi ratione, vtique ſuperfluus redditur, labor, quo noſtri interpretes diſcutiantur ſuper repræſentatione neganda, aut concedenda in materia emphyteutica. Intelligentes legem hanc Regiam in hoc §. *3.* illam plane negare, quatenus nepoté ex primogenito filio natum ſubmoueri a patruo, & amita probat, quos ſane pater, ſi vixiſſet, excluſiſſet. Ego (*vt ex ſupraſcriptis conſtat*) intelligo legem Regiam potius docuiſſe, ex defectu intentionis defuncti parentis, ſubmoueri nepotem, quicunque ille ſit, etiam ex primo genito natus, quia illum ordine ſucceſſiuo tantum vocauit, & ſic quando nulli extabunt filii aut filiæ, primum obtinentes gradum. Verum, quia hæc repræſentationis materia, reſpiciens præſertim emphyteuticam conceſſionem (*de qua agimus*) indifficilis eſt, vt ex his quæ ſupra ſcripſimus, apparet, vtilis tamen, ſcituque digna, pro reſolutione, eiuſque intellectu nonnulla, quæ adhunc tractatum pertinent, adnotare placuit.

27 Qui † aſſerunt emphyteuticam ſucceſſionem, repręſentationem reſpuere, ſeu minime pati, poſſe, eo nituntur argumento, quia repræſentationis priuilegium ius continet ſpeciale, *vt tradit Tiraquellus de retra. §. 11. gloſſ. 9. numero quarto Valaſcus, de iure emphyteut. quæſtion. 50. numero ſexto verſicul. & cum iis*, reſoluentes proinde vltra caſus in iure expreſſos cōcedendam nullatenus eſſe, vt nominatim admonuit Ang *in §. cum filius nu. 7 inſtitut. de hæred. quæ abinteſta. deferun. Decius conſ. 1. num. 5. atque etiam Guliel. a Valaſco in d. num. 6. relatus.* Qua ratione abnegandum intelligunt, quoties agitur de ſucceſſione, procedente ab hominis diſpoſitione, qualis eſt iſta emphyteutica, quæ procedit, & fluit a dominica conceſſione. Nuſquam enim (*vt aiunt*) legitur in iure noſtro admittendam hanc repræſentationem fore, in ſucceſſione proficiſcēte ab hominis diſpoſitione, ſed legis tantum. Ergo, neceſſario illa neganda eſt, cum quæſtio eſt de ſuccedendo in emphyteuſi, quemadmodum etiam, & cum agitur de obtinendo fideicommiſſo. Quæ fuit ſententia Bald. & Rapha. *in l. Cum ita §. in fideicommiſſo. Digeſt. de lega. 2.* qui nominatim in emphyteuſi hoc probant, & Alexand. *conſil. 129. columu. 2 libro 5. & num. 5.* Decius. *conſil. 1.* idem hoc etiam probantes, quia in his terminis non ſucceditur iure vniuerſali hæreditatis, ad quam tantum conſequendam reperitur conceſſa repręſentatio. Quocirca vbi emphyteuſis, de cuius ſucceſſione eſt quæſtio, hæreditaria non eſt, intelligunt, negandam repræſentationem eſſe. Vnde, ſi emphyteuſis fuit, *pro filiis, & hæredibus* conceſſa, vel ſub alia ſimili verborum conceptione illam hæreditariam reddente, & cum clauſula, *quod primogenitus tantum ſuccedat*, ſine difficultate nepos, ex primogenito, patris intrans locum, patruos ſubmouebit, ex regula *d. §. cum filius inſtitut. de hæredit. quæ abinteſtato deferun.* Quamobrem videtur emphyteuſis conceſſa, & a parente ſtipulata, vt mortuo primogenito, illum repræſentans nepos audiatur, emphyteuſim petens, ex Bartoli doctrina, *in l. iuriſiurandi § ſi libert Digeſt. de operis libert. Doctores in l. Hæredes mei § cum ita Digeſt. ad Trebell Anchar. in clement. 2. de iure patro. Imol. in cap potuit, de locato, circa finem* & in ſpecie Corneus, *libro ſecundo conſil. 24 colum. fin. & conſil. 131. col. 2. verſicul. vrget. eodem libro.*

Quam † ſententiam fouent hi, qui reſoluunt, 28
in feudi ſucceſſione admittendam eſſe hanc repræſentationem, *vt habetur in cap. 1. de ſucceſſ. fratris* quo argumento idem videtur admittendum in emphyteuſi, vt in ſpecie Ang. adnotauit *in l. Gallus §. quidam recte ff. de lib & poſthum. & Corn in d. conſ. 24. col fin lib. 2. & in d conſ 131. col. 2 & 3. eod. lib Ruinus conſ. 165. per totum, lib. 1.* Validum eſt enim regulariter de feudo ad emphyteuſim, argumentū *Bald. & alii in cap. ſi vaſallus ſi de feudo fuer. contro. Bartol. & alii in l. Si mihi & Titio ff. de verbo obliga. Alexand. conſ. 107. col. 2. in fin. lib. 4. Decius conſ. 435. col. fin. Iaſon late in l. 1. de iure emphy. n. 55. & idem Iaſo. in proœmio feudorum n. 58.*

Sed † videtur obſtare Bal. *in d. §. in fideicommiſſo*, 29
intelligens hoc ius repræſentandi reſtringendum neceſſario fore ad caſum, in quo agitur de ſucceſſione legali, hoc eſt, a lege inducta, non ab homine, qualis eſt iſta, de qua in præſentiarum agimus, quę traditio, & ſi aliquibus placuerit, a multo pluribus reiecta eſt: Et primo a gloſſ. *ibidem, verbo, proximo*, cum qua ſimpliciter tranſeunt Bar. & Ang. ibi, quatenus illam non improbant, quod aliter feciſſent, vt explicat Corneus *in d. conſil. 24. libro ſecundo col. fin. Imol. in d. §. in fideicommiſſo*, qui nominatim gloſſ. ſententiam probat, volentis in fideicommiſſi ſucceſſione, & conſequenter pendente ab hominis diſpoſitione, concedendam eſſe nepoti repræſentationem, quia teſtator in dubio videtur vocare venientes abinteſtato, ſecundum ordinem, quo ipſi ſuccedunt, *ſecundum adnotata in l. Gallus §. quidam recte ff. de lib. & poſthu. & in l. hæredes mei § cum ita ff ad Trebellia.* qua ratione cum gloſſ. *d §. in fideicommiſſo*, ſibi contrarius tranſit, *Alex. conſ. 88. col. 1. lib. 1. & conſil. 26. col. 4. lib. 3.* vbi communem hanc eſſe teſtatur, *& Thobias, in conſ. 4. n. 6.* ſic etiam Bal. ſibi contrarius, ſecundū opinionem gloſ. conſuluit, *lib. 3 conſ. 488.* ſequitur eandem opinionem Socin. *in l. ſi cognatis, colum. fin. ff. de rebus du-*

bus.& in conf.252.col.antepen. versicul.ad secundam rationem,lib.2.& lib.4.conf.159.Gozad.conf.4.numer.16. Seyssellus in d. §. quidam recte column. 2. & in specie Corn. *d. conf.24. column.fin.* inferens ad emphyteusim,*lib.2.&conf.131.col.2.eod.lib.* Ruinus etiam qui firmat communem *conf.163.col. 2.in fine, lib. 2. & nup. Gabriel,conf.86.n.9.* qui testatur hanc gl.sententiam receptam esse,& quamplurimos idem probantes commemorat.Inter quos Socinus iuni.hanc probat *conf.116.lib.1.n.9.* Licet contradixerint,post Bal. Decius *in conf.1.& in l.1.C.de success.edicto.* asserens illam gloss. *in d.§.in fideicommisso,* intelligendam fore,quando datur successio abintestato, quod etiam voluit Iason.*conf.215.lib.2.colum.5.& fin.* a quibus recedit Gabriel. *in d.conf. 86. numer. 9.* aduertens quod illa gloss. tractans materiam fideicommissi, dicit, illum aliquando succedere, qui non est gradu proximior. Quare negare nō licet, quod intellexit,& voluit in fideicommissi successione, & sic testamentariā concedendam esse nepoti repræsentationem. Nec obstat text. ab ea,allegatus *in auth cessante C. de legitim. heredibus* quæ loquitur in successione abintestato & secundum eam debet intelligi, quia (*vt Gabriel in dict. loco adnotauit*) eam authenticam citauit gloss. vt doceret, quando remotior gradu potest proximiorem præcedere.

Denique vbi fideicommissum fuit iniunctum ab eo,cui nepos,cum patruo erat successurus,sine dubio gloss. sententiæ adhærendum est, tanquam ab omnibus receptissimæ, *teste Gabriele,d.consil.86. post unum 9. Decio conf.79.& 217.548 & 249. Gozadi. conf.4.Cur.in l. 2. Cod.de successo. edict. Ruin consil.142. lib.3.Ias.conf 225.lib.2 & 154.lib.4.Alex.lib.2.conf.129. sub num 3.Thobias conf.4.n.8.* Quod etiam adnotandum est.

¶ Ibi, *Filha,ou neta.*

30 Ex † his verbis vulgus notat, hic dari casum singularem, in quo probatur masculi appellatione contineri fœminam in contractu emphyteutico. Intelligunt hoc enim, qui ex his verbis deducunt legem hanc Regiam loqui in concessione facta, pro filiis eligendis, seu nominandis: in qua specie nominari non posse filiam notissimi iuris est ex his, quæ scripsit Ias. *in l. quem delegato numer.14.ff.de leg.1. & in l. inter heredem numer. 31. ff.de pactis. Decius, in regula l. fœmina ff. de regu. iur.numer.104 Hippo.sing. 191. Decius in cap in præsentia de proba.numero 46.Ias.in l.Siquis id quod nu.23.ff de iurisdi. omni iudi Rimi.cons. 121.numer. 2.Couarr.lib. 2.resolu. cap 18 numer.2.Iulius Clarus lib.4.senten §.emphyteusis quæst.32. numer.1.* secundum quem sensum l. ista Regia a iuris communis regulis recedit: secundum quas, quia in contractibus masculi appellatione fœmina non continetur, vtique nominari filia non poterat. Cuius oppositum lex hæc Regia probat. Quare restringenda necessario est ad emphyteusim profanam, seu priuatam, non ecclesiasticam, cui legem imponere secularis potestas non potest, secundum *adnotata in c.Ecclesia S. Mar.de constitut.*

31 Cuius † tamen oppositum in terminis huius l. Regiæ in hoc §. 3. obseruandum est, quia (*vt iam supra sæpe sæpius admonuimus*) non loquitur lex ista Regia in emphyteusi, pro filiis, seu pro filio nominando, vt incaute vulgus arbitratur, sed magis in generica concessione, pro eo, qui nominabitur. In qua specie l. nostra Regia probat, & recte quidem citra vllam iuris communis offensionem fœminas nominari posse, quia generalis illa potestas nominandi, quem voluerit, personas etiam extraneas includit, nedum filias, quibus non minus, quam masculis acquirimus, *secundum adnotata in l.Maximum vitium. Cod.de lib.prater.* Quocirca (*vt Berous in c.in præsentia,de proba.numer. 41. cum seq.* resoluit) emphyteusim simpliciter concessam, in qua sexus nulla facta distinctio est tacite, aut expresse fœmina recte petit. Concordat Iulius Cla. *libro quarto sententiarum §. emphyteusis quæstion. 31.in princip.* Inferens proinde *ibi.numero secundo* concessionem facta pro hæredibus, fœminas includere. Concordat Berous *q 18.in princ.*

Quod † idem obtinet, quando emphyteusis simpliciter fuit concessa in tertiam generationem, vt post Socin.& Corn. *conf.219.litera g.libr.2.* resoluit Iulius Clarus *in d.§.emphyteusis quæst.36.n.1.* nisi verba concessionis aliud postulent, *vt ibi per eum.* Cui adde idem obseruandum stante statuto excludente fœminas, secundum quod videtur concessio facta, *Berous in d.q.18.n.3.Cur.iunis.conf.171. post n.7.Brunus de statut.exclu fœmi.art.8.q.21.col.2.Rimi.lib.1.conf.186.nn.15.* Cetera (Deo dante) videbis *infra,tit.63.§.5.* 32

¶ Ibi, *Ou a maior das filhas*

Sedulo † adnotanda, hæc lex Regia est, qua docemur considerabile esse etiam inter fœminas ius primogenituræ, per quod senior, ceteras excludit, ad instar, & similitudinem masculi primogeniti, qui omnes præcedit in emphyteusis assecutione, & similibus indiuiduis, quæ ad vnum tantum peruenire possunt: In quo sane conuenit his, quæ de filia primogenita tradit Cytierus, *libr. 1 de primogen quæstion. 20. vol.12.Carolus, in consuetud. Paris.§.26.Molin.de primogen.lib.1.cap.3.num.9.& Tiraq. eod.lib.quæst.10 post Bal. Carol. in d.conf.§.12. in princip.* vbi seniorem fœminam, præferendam resoluunt, & Greg.lopez, *in gloss. l.2.titul.15.Par.2. litera cān 2. fol.46.col.3.& in gloss.2.tit.13.l.3.Part.6.col 2 per totam* & in feudis præcedere fœminam seniorem, probat Bald. *in cap.1.§ & quia unmer.18. qui feudum dare poss.* dummodo tamen lege aut statuto primogenitus masculus præcedat, ad cuius similitudinem primogenitæ fœminæ eadem erit concedenda prærogatiua. Aliter, inquit Bald. forte dirimendam controuersiam fore. Imo ad domini directi electionem, & gratificationem recurrendum erit, *vt Gregor. lopez adnotauit in d. titul. l. 3. Par. 6. gloss.2. col. 3. in medio* quibus tu adde bonum text. ad propositum, *in l.Cum pater §. pater pluribus ff. de leg.2.ibi, Filia maiori natu tradidit.* Ex quibus vtiliter inferas, ad fœminas petentes finitæ emphyteusis renouationem, de qua re a nobis satis copiose *in tracta. de renon.* actum fuit *q.17. & 18.* 33

In † eo autem hæc lex Regia notabilior reputatur, quod probat, non solum posse fœminam emphyteusim petere, verumetiam & eandem petentem nepotem ex masculo fratre natum submouere, vt ex illis verbis plane deducitur, ibi, *& onde ouuer filho,ou filha, nano auera o dito foro neto nem neta.* Quod sane est notabile dictum, si emphyteusim referas ad casum, in quo emphyteusis fuit concessa, *pro filiis, & nepotibus,* quos dicimus vocatos esse, ordine successiuo, & sic, vt primum locum 34

cum obtineant filii, secundum vero nepotes, ex his, quæ in specie tradit Alexand. libr. 5. consil. 129. Qua ratione, quia secundum hunc modum succedendi debet censeri, concessa emphyteusis, non est mirum, quod filii nepotes excludant, ex his quæ in d. consi. tradit. Alexand. & nos, verbo supra proximo scripsimus, vbi ostendimus, alienum esse hunc casum ab huius §. 3. dispositione, quæ nequaquam de concessione, in fauorem filiorum loquitur, sed magis in generica pro eo, qui nominabitur. Quamobrem non est, mirum, quod filia fœmina primum gradum obtinens nepotem in secundo gradũ existentem excludat, ex his, quæ ibi scripsimus. Vide Gamma quæstion. 59. late disputantem, an hoc procedat in maioratus successione. Quapropter hic tractatus, an filia possit nepotem ex masculo fratre submouere filium, vtique magis conuenit text. in §. 5. hoc lib. 4. §. 63. vbi tractandum reseruamus.

35 Quod † vero ad huius text. interpretationem, & decidendi rationem pertinet, interim omittendum non est, ex his, quæ supra diximus, concessionem, de qua in hoc §. 3. factam, pro eo qui nominabitur, non minus fœminam, quam masculum comprehendere, negandamque fore repræsentationem, de qua in d. §. cum filius, institut. de heredit. quæ abintesta. defer. Iurique consonans est filiam, nepotem etiam ex masculo natum submouere, & si verum sit, quod nepotis pater illam (si viueret) exclusurus foret, vt notabiliter adnotauit Costa, libr. de Regni successione pagin. 51. & 118. & 173. vbi nominatim huius l. Regiæ meminit, & Pinellus in l. 1. Codic. de bonis mater. 1. part. numero 69. cum sequentibus. Quinimo & gradus prærogatiua, filia excludit fratrem defuncti, quia filia est proximior Peralta in rubric. Digest. de hereds. instit. numer. 130. Afflict. capite primo numero 40. de natura feudi Corn. cons. 199. libro secundo numero 46. versicul. non obstant. Intelligunt itaque Costa, & Pinellus, gradus prærogatiuam legem hanc Regiam respexisse, ex verosimili defuncti parentis voluntate, qui primum gradum obtinentes præferri maluit sexus, & ætatis prærogatiua obseruata.

36 In † qua specie, quando fœmina non est omnino exclusa, extantibus masculis, sed ab illis dumtaxat excluditur, illa præcedit, si gradu sit proximior. Intelligitur enim illa sexus prærogatiua, & fœminæ exclusio, quando masculus, & fœmina einsdem sunt gradus, quo casu hæc lex Regia loquitur, & procedit, non quando fœmina gradu præcedit, prout contingit in casu, quem tractamus, in quo filia proximior est, & nepoti præferenda in remotiore existente loco, seu gradu, quem ille non mutat, quoniam patris locum nõ potest per repræsentationem obtinere, in successione hac emphyteutica, quæ repræsentationem non patitur, vt supra diximus. Quocirca, quia filia gradu proximior est præcedere debet, nec illi sexus prærogatiua nocet, ex Bald. auctoritate cons. 275. numero 6. libro 2. quem ad hoc commendans voluit citare Cur. lib. feudorum 3. par limitat. 15. num. 17. quæstion. 1. sequitur Tiraquellus lib. de primogen. quæst. 20. nume. 25. Concordant plurimi, quorum meminit Couaruuias libro 3. resolut. cap. 5. num. 5. versicul. rursus 7. quo loco Curt. iam citatum corrupte refert in 2. p. quæstion. 1. limitat. 15. Quod & Tiraquel. vbi supra, fecit, & Costa de Regni successione pagin. 119. cum seq. Quo etiam loco hanc probat sententiam, quod tunc demum masculus fœminam pręcedit, quando sunt in eodem gradu constituti, non sic quando illa proximior est gradu. Hoc enim casu sexus prærogatiuam vincit gradus. Non est enim eadem ratio præferendi masculum, qui in pari cum fœmina non est gradu, ait Costa, ex traditis a Bal. in l. quod vero n. 3. ff. de legibus concordat Burgensis in proœmio l. Tauri numer. 121. cum sequentibus Parisi. lib. 1. consil. 23. numer. 116. & Melchior Pelaez. lib. 2. de primog. quæst. 6. n. 42. col. 2. cum num. seq. quibus tamen adde Paulum lib. 2. cons. 29. num. 1. hoc idem probantem, & Alex. in l. Si dotali, in fin. ff. solut. matrimon. quorum ad id meminit Brunus, lib. de statu. exclu. fœm art. 12. q. 14. num. 188. vbi etiam Corneum, & alios citat. A qua quidem traditione nostra lex Regia deducta videtur, quatenus concedit fratri masculo sororis exclusionem, huic autẽ nepotis, ex masculo, quia in remotiori est gradu nec per repræsentationem amitæ nocere potest, quia emphyteutica successio vt prædiximus, repræsentationem non patitur.

37 Conuenit † similis l. Regia, in 6. parte extrauag. tit. 1. l. 12. quæ in maioratuum successione similiter statuit, existentibus in pari gradu masculo, & fœmina, hanc remouendam esse, non sic, si gradu præcedat, vt illa verba l. Regiæ nos docent, dum dicit, Sempre o filho barano soceda nos ditos morgados, & bens vinculados, & preceda a sua irman, post que se ia mais velha. Ponderanda sunt illa verba, sua irman, quibus constat legislatorem non sine misterio, se restrinxisse ad masculum, & fœminam fratres, in eodem gradu existentes, quasi oppositum intelligat obseruandum, vbi contigerit concurrere masculum, & fœminã, qui in gradu sint dispari, quo casu fœmina præualebit, ex gradus prærogatiua, sine dubio sexus excellentiam vincẽte. Hæc enim odiosa est, & quodammodo naturæ accusatrix, secundum adnotata in l. maximum vitium C. de lib. præ. illa vero, quæ gradus pręrogatiuam obseruat, secundum cõmunes regulas præcedit: Quod ego multo planius, & constantius, ex verbis d. extrauagan. deduco, dum ait, & sendo a duuida entre outros parentes em igual grao, sempre o barano preceda a femea, posto que ella seia mais velha Pondero similiter illa verba, Eigula grao, quibus per argumentum a sensu contrario significatur, aliud respondẽdum esse, quãdo fœmina masculum gradu præcedit, quia similiter, & in successione, tanquam proximior, omissa sexus prærogatiua præualebit: vt notabiliter videtur adnotasse Costa, lib. de Regni succes. pag. 118. in fi. cum seq. & Peralta in rub. ff. de heredib. inst. n. 130. Afflis. in c. 1. n. 40. de natura feudi. & Corn. cons. 199. n. 46. versic. non obstant. lib. 2. in fauorem fœminæ proximioris gradus respondentes.

38 Quibus † minime nocent, quæ scripsit Brunus lib. de statuto exclu. fœminas, art. 12. q. 14. a numer. 191. resoluens, quod statutum, de quo ibi submouens a successione fœminas extantibus masculis, non solum procedit, quando illi sunt in pari gradu, verum etiam quando masculus est in valde remotiore, ex auctoritate Fulgo. hoc ita respondẽtis consil. 78. Pauli etiam, quem citat, & Roma. cons. 42. Alexand. consil. 97. col. fin. lib. 2. cum aliis ibi citatis. Ex quibus ibidem, qu. 16. nu. 202. cum seq. vtiliter in-

fert, ad propositum nostrum, quod quemadmodum propter fratrem masculum filia soror a successione submouetur, ita etiam debet fratre mortuo, extante nepote, ex dicto fratre remoueri. Et est adnotandum, quod cum misterio Brunus loquitur, quando statutum nominatim propter filium masculum excludit filiam, vel etiam propter fratrem, sororem, qui est casus nostræ l. Regiæ, in hoc §. 3. & resoluit masculum nepotem ex fratre natum, amitam, & sic filiam excludere, ex auctoritate Bal. *in l. venia. in fine, C. de in ius vocando.* quem ibi sequuntur (inquit Paulus) Salic. Alexan. & alii communiter scribentes Goza. *cons. 19. num. 3. Cassan. cons. 53. numer. 1. versicul. quarto.* Tum quia ex lata verborum significatione filiorum appellatione nepotes continentur, *secundum adnotata in l. liberorum ff. de verbo signi. & in l. Lucius ff. de hæredi. institut.* Tum etiam, quia beneficium filio concessum excludendi filiam sororem, porrigi ad nepotem ab eodem filio natum debet, vt eandem excludat, quam exclusisset viuus pater, *secundum adnotata in l. milites, & l. Diuo Marco Codic. de quæstion. l. decurionum ff. de pœnis cum similibus, de quibus per Brun. dict. loco numer. 203.* Tum quia nepos mortuo patre, illius consequitur locum § *cum filius Institut. de hæredi. quæ ab intesta. defer.* § *posthumorum Institut. de exhæred. liberorum Doctores in l. Gallus in princip. ff. de lib. & posthum.* Quapropter tanquam subrogatus sapere debet naturam patris, & eius iuribus, & prærogatiuis frui, ex regula *l. Si eum §. qui iniuriarum ff. si quis cautio l. 1. §. hoc ff. si quis testamen. liber esse, iussus fuerit.* Ex quibus, & quibusdam aliis hanc Brunus testatur veram esse, communemque sententiam, secundum quam pronunciandum credit pro nepote, aduersus amitam, quemadmodum aliquando Mantuæ fuisse decretum, refert *numero 192.* Sed hæc minime obstant, si consideres, quod loquuntur, & procedunt, quando statutum propter masculos, & familiæ fauorem, quæ per masculos conseruatur, prorsus fœminas excludit, & perpetuo inhabiles reddit: quo casu, quia per masculum, etiam gradu valde remotiorem, familia conseruatur, non per fœminam proximiorem gradum obtinentem, illa sententia obtinet, quæ in casu nostro cessat, quia nec de familiæ conseruatione agitur, nec lex Regia in *hoc §. 3.* prorsus fœminas submouet, aut inhabiles facit, quamuis illis præferendos masculos statuat, inter quę, longa differentia est, vt in specie docuit Costa, *lib. de Regni successio pagin 119. ad fin.* sic intelligens a Bruno scripta, *in loco iam citato rursus, & pagin. 173. conclus. 2.* hanc resoluens, veram esse, & communem sententiam, quam etiam communem testatus, probat Fabius Acorambonus, *in l. qui se patris Codic. vnde lib. numero 146.* Concordat Mencha. *lib. de successio. crea. §. 5. numero decimo* tradit Iason. *in l. de quibus, numero 16. ff. de legibus* Paulus *in l. maximum vitium Codic. de libe. præter. numero secundo Salic. 6. & 7. Corne. etiam 6. cum sequentib. & Alexand. 2. cum seq. & Iason. etiam, numero secundo* & fuit sententia Bar. *in d. l. liberorum numero 12. ff. de verborum signif. tradit Hippoli. sing. 303 Parisi. lib. 3. consi. 35. nu. 22. Natam, in ca. quamuis pactum, de pactis in 6. col. 52. Saison, in consuet. Turonen. fol. 125. col. 2. tit. de successio. ar. 26. verbo solerosse.* Quid autem sit respondendum in renouatione emphyteutica petenda, iã suo loco, tractauimus.

Limitari † sane hæc lex Regia potest, quando nepos, iure transmissionis, vult amitam submouere, quoniam audiendus erit, ex his, quæ scripsimus, *q. 10. n. 20. cum seq.* 39

Limitatur † etiam in emphyteusi hæreditaria, in qua concedenda est repræsentatio, *vt iam supra adnotauimus qu. ista numer. 13. cum seq.* Qua ratione, quia emphyteusis tanquam pars hęreditatis transit in nepotem, patrem masculum repræsentantem, concedi eidem necessario debet, vt amitam excludat, vt in specie resoluit Alexand. *lib. 5. consil. 129 n 8.* Quod vtile est, & pro limitatione huius §. 3. adnotandum. 40

Sed † iam sese offert vtilis profecto, & adnotanda quæstio, *an quod eo loco Alexand. probat in nepote, sit etiam in nepte resoluendum, vt sic neptis patrem repræsentans, non minus patruum, aut amitam excludat, quam excludit nepos, & submoueret pater, si viueret?* Et videtur sane respondendum, quod sic, quia (*vt iam supra admonuimus*) filius intrans locum patris, per repræsentationem, tanquam subrogatus illius vice fungitur, & paternis prærogatiuis fruitur *l. si eum § qui iniuriarum Digest. si quis cautio.* Qua ratione, quemadmodum pater, & nepos potest, submouere amitam, ita etiam poterit neptis illius obtinens locum, vt quam plures referens, resoluit Tiraquellus *lib. de primogen. quæstion. 14. num. 3.* firmans, quod huiusmodi neptis, per repræsentationem consequitur ius primogenituræ, adeo firmum, & validum, vt omnino excludat a maioriæ successione patruum masculum secundogenitum. Concordat Couarru. *libr. quæst. practicarum c. 38. num. 8. versic. quarto licet & Tho. Gramma. q. 1. n. 28.* Cuius tamen oppositũ ego vti verius probo cum Peralta *in rubric. ff. de hæred. institut. num. 126. versicul. videbatur & Costa lib. de Regni success. pagin. 197.* eo potissimum fundamento, quia neptis, per repræsentationis beneficium, fingi tantum potest ætate maior, si primogenitus pater erat, non autem masculus fingi potest, ne duę simul concurrant fictiones, contra regulam *l. 1. Cod. de dotis promi.* quarum altera omnino est impossibilis, & naturæ repugnans, quod fœmina fingatur masculus: Qua ratione si neptis contendat, cum patruo masculo, & si illa ex primogenito sit nata, submoueri a patruo debet, quia fœmina est, nec sexus naturam, per repræsentationem mutat, quocirca submoueri debet, ex dispositione l. *nostra in hoc* §. 3. quæ extante masculo iuniore fœminam submouet: Quare, si fictio in casu ficto non potest plus operari, quam veritas, in casu vero, necessario respondendum est, quod patruus masculus præferri debet, ex Afflict. qui hoc argumento, vtitur *in c. 1. nu. 54. ad fin. de natura feudi.* 41

Iuuat † Bar. *in l. Liberorum ff. de verbo. signi. num. 13.* firmans, quod qualitas sexus, non transit in fœminam, patrem repræsentantem, *sequitur Socin. consil. 153. n. 20. lib. 2. Ruin. consi. 161. lib. 3. & prius Alexand. in l. vnica n. 6. C. de in ius vocan.* Et merito quidem, quia repræsentatio est quædam fictio, per quam mortuus fingitur viuus. *Baldus in l. tutela §. 1. in fine Digest. de legitim. tuto.* fictio vero super impossibili, de natura cessat *gloss. fin. in l. talis 30. Digest. de legitim. t. Bartolus. in l. sub conditione Digest. de solutione.* Porro impossibile est, tam in genere, quam in specie, quod fœmina fiat masculus. Ergo per repræsentationem 42

tationem neptis fœmina, neutiquam potest assumere naturam sexus masculini, quemadmodum nec ecōtra poterit mascul⁹ sexus fœminini. Ergo cum illa non obstante repræsentatione fœmina maneat, submoueri a masculo debet, per legem hanc *in hoc* §. *3.*

43 Neque † mouere debent supra proxime in cōtrarium adducta, quia minime procedunt, quando ius patris repræsentati pendet a qualitate illa masculinitatis, per quam ceteros submouet, quæ qualitas, quia non potest in fœminam continuari, nec per illam repræsentari, secundum quod proxime diximus, cessat illius qualitatis effectus, quoad ceteros in suo robore manente repræsentatione, vt notabiliter resoluit Alex. *lib. 3. cons. 106. num. 17. & Gomez. in § fuerat, de actio. num. 13. versicul. quinto.*

44 Ex † quibus, si recte consideres, resoluitur, nuper recte nostrum senatum iudicasse, audiendam esse neptem, ex primogenito filio natam, etiam repræsentantem fratrem maiorem, aduersus amitam: in qua specie omnia suprascripta cessant, siquidem neptis, per repræsentationem fingitur ætate maior, quemadmodum erat pater repræsentatus. Quæ qualitas maioris ætatis, in fœmina sufficit, vt submouere fœminam possit, secundū huius §. 3. dispositionem. Quæ vtilis resolutio est, & in praxi adnotanda, a Peralta probata *in d. rubr. ff. de hæred. insti. n. 122.* Quæ tu bene nota & memento hæc materiæ maioriæ applicare, cui maxime conueniunt propter extrauagantem, de qua lib. *extrauag. fol. 201.* vbi similiter masculus iunior excludit a maioratus successione fœminam ætate maiorem.

45 Ex † quibus etiam resoluitur alia vtilis in materia quæstio. Decessit quidam intestatus emphyteuta relicto masculo filio, & ex seniore filia nepote, is iure repræsentationis patruum submouere contendebat, ex eo quod per suprascripta repræsentabat matrem patruo ætate maiorem: quare & se ad instar matris seniorem patruo esse, asserebat, & consequenter præferendum, quia masculus erat. Nam quemadmodū in specie supra proxima diximus attendēdam esse qualitatem sexus fœminei in nepte repræsentante masculum, quia impossibile est eam masculum fieri, ita in hac specie superiori contraria respondendum est, attendendam esse qualitatem masculinitatis: siquidem impossibile etiam est, quod ex masculo fiat fœmina: Quocirca cum reuera is sit masculus, & hanc qualitatem, secundum veritatem habeat, secundum fictionem vero ex repræsentatione fingatur ætate maior, præferendus patruo videtur, idque nuper in causa magni momenti, huius supremæ curiæ quidam aduocati responderunt.

46 Quibus † non obstantibus, ego contrarium consultus respondi, imo quod amitæ quam matris, nepotis senioris, vel patrui etiam iunioris causa potior erat, opinabarq; nullam iuris rationem admittere posse, nepotem melioris conditionis esse, quam fuisset mater repræsentata, si vixisset, repugnante, nempe regula *l. si viua matre C. de bonis ma.* vbi eam notat Pinellus *a num. 16.* & post Paul. Decius, *in l. illam C. de colla. nu. 13. Gome. in l. 40. Tauri, n. 61. Gratus cons. 120. a n. 11. lib. 2.* Ex quorum auctoritate respondebam, nepotem in hac specie repellere tantum posse illos patruos, aut amitas, quas poterat mater, si viueret, & ab eisdem vinci posse, a quibus, & illa viua vinci potuisset.

Fallit † vltimo l. ista Regia in hoc §. *3.* in filia 47 emphyteusis incapace, quæ nepoti impedimento esse non potest, quemadmodum, nec primogenitus incapaxi ipsi filiæ nocet, *secundum ea, quæ supra resoluimus, quæst. 12. numer. 49. & seq. tradit Costa, lib. de Regni successione pag. 122.* qui ponit exemplum, in filia petente successionem bonorum de Corona Regia, quam petere fœmina non potest.

¶ Ibi, *Neto, ou neta.* id est, *nepos aut neptis.*

Notant † plurimi ex nostris pragmaticis, hic 48 esse tex. probantem, quod appellatione filiorum, in materia emphyteutica, de qua agimus, continentur nepotes, qui in defectum filiorum, non minus quam ipsi filii, nominari possunt, & propterea abintestato parente mortuo, illi non extantibus filiis, emphyteusim cōsequuntur, quod vt deducant ex verbis huius legis, necessario intelligunt, quod lex ista Regia loquitur, & procedit in emphyteusi concessa, *pro filiis,* quod vtique iam supra aduertimus, verum non esse, quoniam loquitur in concessione in genere facta, *pro eo, qui nominabitur,* quæ non magis hos, quam illos respicit. Ideo hæc obseruatio, proprius conuenit text. *in §. 5. infra, tit. 63.*

Interim † omittenda illa necessaria, & vtilis 49 quæstio non est, quid sit dicendum, si ex diuersis filiis plures nepotes concurrant, aut etiam ex eodem filio plures, qui se inuicem impediant. *an ne omnibus, aut nulli, vel cui, adiudicanda emphyteusis erit?* Non semel in praxi vidi tractatum: Huius hæsitationis decisio, ex suprascriptis vtique pendere videtur: quoties emphyteuta, ex vnico tantum gnato, plures reliquit intestatos nepotes, vtique primo natus, & senior, reliquos submouebit, masculus etiam iunior fœminam: inter fœminas maiori concedenda erit emphyteusis: iuxta formam huius l. Regiæ, *in hoc* §. 3. Cuius decisio ad instar filiorum, obseruāda est in nepotibus, quemadmodum, & iam supra diximus, obseruandam esse in ascendentibus, quæ mihi indubitata resolutio semper visa est.

Vbi † vero ex pluribus filiis emphyteuta ha- 50 bet plures nepotes, vtique distinguendum est, inter emphyteusim hæreditariam, quam supra proxime diximus, pati repræsentationem, & non hæreditariam, in qua cessat repræsentationis ratio. In illa enim nepos, etiam iunior, ex primogenito filio natus, quia patrem repræsentat seniorem, ceteros excludit nepotes, etiam ætate maiores, ex regula §. *cum filius institut. de hæred. quæ abintest. defer.* cum his, quæ resoluit, coniuncto Barto. *in l. liberorum numero 15. ff. de verbo. sign. Brunus de statu. exclu. fœmi. articul. 6. numero 49. Costa, qui firmat communem, lib. de Regni success. pagin. 174.* Cuius contrarium debet obseruari in nepte ex primogenito, quia hęc licet excludat nepotes natos, ex aliis fœminis iunioribus, quia senior fingitur, cum nata sit ex primogenito filio, nō excludet nepotes natos ex masculis: quia (*vt paulo ante diximus*) propter sexus repugnantiam minime repræsentat masculum, & propterea a quolibet nepote etiam ætate minore illa submouetur dummodo sit

nepos, ex masculo, qui iuxta huius legis formam omnes excludit fœminas.

51 Ceterum † in casu huius text. *in hoc* §. *3.* vbi emphyteusis hæreditaria non est, & consequenter cessat ratio repræsentationis, quisque nepos suo iure, & prærogatiua, vti debet, nulla parentum habita consideratione. Vnde masculus nepos ætate maior, quia masculus est, submouere debet, ceteros omnes iuniores, quamuis ex masculis natos, & si ille ex fœmina descendat: siquidem masculus est, & natu maior, nec illi obesse mater potest, quandoquidem illius persona, & qualitas in nepote non attenditur, quia illa non repræsentatur. Quo argumento si concurrat nepos ex primo genito iunior cum nepote ex secundogenito natu maiore, hic illum submouebit, *vt notabiliter resoluit Costa lib. de Regni success. pag. 174. ad finem, cum seq.*

52 Caue † tamen, quia nimis vrget in oppositum regula, *cap. 1. §. hoc autem, de his qui feud. dare poss.* vbi habetur descendentes, ex fœmina, tanquam a radice infecta procedentes, admitti non posse, ad eam successionem, a qua mater fœmina erat exclusa, & prorsus remota, *vt ibi omnes probant, & Bar. in l. Liberorum ff. de verbo sign. num. 17. Tiraq. de primog. q. 12. nu. 10. Rubeus, cons. 16. n. 13. Pinellus, in l. si viua matre C. de bonis ma. n. 2. Paris. lib. 4. cons. 72. numer.* 80. Sed respõde hoc verum esse, quando fœmina prorsus est. & perpetuo submota, non quando illam masculus dumtaxat præcedit, in qua specie non dicuntur exclusi descendentes masculi ex ea, *vt d. pagin. 175. Costa aduotauit, & ab eo noncitatus Euerar. cons. 228.* Tanti enim fit fœminam simpliciter submoueri, vel illam masculum excludere. quam resolutionem Costa latius prosequitur, & comprobans differentiæ rationem præstat, videto illum.

SVMMARIA.

1 *Emphyteusis imputanda est, quando filio in vita patris fruenda tradita est.*

2 *Nominatus filius, debet emphyteusim imputare, si statim illam, cum fructibus obtinuit in vita patris.*

3 *Emphyteusis non imputatur, quando parens illius fructum sibi reseruauit.*

Interpret. Ordi. lib. 4. tit. 77. §. 32.

4 *Verbum dare, importat dominium transferre.*

5 *Emphyteusis tunc imputanda est, quando eo modo, & pacto parens filium nominauit, vt simul cum vtili dominio fructus suos faceret, non sic, quando parens sibi fructus reseruaret dum viueret.*

6 *Interpret. Ordin. Regia, lib. 4. tit. 77. §. 1. Panes ciuiles, qui dicantur.*

Lex, cum multa, non procedit in inferiore a Principe.

7 *Emphyteusis, etiam a Rege concessa, imputatur si in vita filio tradatur.*

8 *Feudum alienatum repetens in vita alienantis, agnatus pretium soluit.*

9 *Emphyteusis confertur, cuius fructus filius statim, viuo patre, consequitur.*

Omne procedens a patris substantia, confertur.

10 *Interpret. Ordi. lib. 4. tit. 77. § 34.*

11 *Emphyteusis non imputatur.*

Quæ filius acquisiuit tanquam filius, nõ imputantur.

12 *Quæsitum filio, ob transitum parentis ad secundas nuptias non imputatur.*

13 *Ea bona tantum conferuntur, quæ filius a patre habuit.*

Nominans pater nihil de suo confert, & ideo grauare non potest.

14 *Interpretata Ordinatio Regia, lib. 4. tit. 77. §. 32.*

In contrarium, imo quod solum interusurium, debet imputari, non totius rei valor.

15 *In contrarium, imo quod emphyteusis est imputanda.*

16 *Omnia quæ venduntur, & transferuntur, imputantur.*

17 *Conferuntur filio patris contemplatione acquisita.*

18 *Emphyteusim mortis causa, capit filius.*

19 *Emphyteusis pro filiis concessa, potest vni prælegari.*

Omnia legata imputantur.

20 *Emphyteusis concessa pro filiis, cum omnes filios æqualiter admittat, ideo si vni fuerit prælegata, imputanda est.*

21 *Emphyteusis a patre non empta, non imputatur.*

22 *Emphyteusis antiqua non imputatur.*

23 *Census, quæ pater impendit ratione emphyteusis, ab eo nominatus filius imputare debet.*

24 *Quæ filius vt filius consequitur, non imputantur.*

25 *Emphyteusis in vita patris fruenda filio data, imputanda est.*

26 *Precium quo emphyteusis fuit empta, imputandum est.*

27 *Emphyteusis hæreditaria, imputatur.*

Emphyteusis profana est imputanda, quia est hæreditaria.

28 *Interpret. Ordi. lib. 4. tit. 77 § pen quæ ampliatur in concessione pro filiis, quæ hæreditaria est, sed contra verius.*

29 *Melioramenta facta in emphyteusi, imputanda sunt.*

30 *Dominus directus finita emphyteusi tenetur melioramenta soluere hæredibus emphyteutæ.*

31 *Melioramenta penes dominum mansura citra vllam satisfactionem non imputantur.*

32 *Aliena non conferuntur.*

33 *Æqualitas inter fratres, vbi non obseruatur ibi cessat imputatio.*

34 *Expensæ paruæ, & conuentæ non imputantur.*

35 *Argumentum a contrario sensu cessat, vbi datur absurdum.*

36 *Renouatio ex æquitate, & iudicis officio procedit.*

37 *Interpret. lex Regia, lib. 4. tit. 77. §. 32. Interusurium considerabile est.*

38 *Expensæ, quarum interusurium filius consequitur, quia ex patrimonio, & substantia patris proueniunt, imputandæ sunt.*

39 *Expensæ paruæ, & necessariæ non imputantur, & quæ sunt istæ.*

Emphyteutici contractus natura est melioratio.

40 *Modicæ expensæ domini directi sunt, sine vlla satisfactione, quia ad illas emphyteuta tenetur.*

41 *Expensæ modicæ hic enumerantur.*

42 *Moles, quid sit.*

43 *Seminarium, quid sit.*

44 *Pastinum quid sit.*

45 *Expensæ necessariæ repeti possunt, modo non sint paruæ.*

46 *Paruæ expensæ, & extantes non repetuntur.*

47 *Modicæ impensæ sunt, quæ non extant, idque iudicis arbitrio relinquitur.*

48 *Modica expensa est illa, quæ non respicit perpetuam rei vtilitatem.*

49 *Expensæ colligendorum fructuum, quæ?*

50 Expen-

50 *Expensa concernentes perpetuam rei vtilitatem, quæ sint?*

51 *Melioramenta conuenta imputantur, respectu interusurij tantum.*

Clausula, quod finita emphyteusi res, ad dominum reuertatur cum suis melioramentis obseruanda.

52 *Imputatur emphyteusis per patrem renunciata, vt filio, concedatur de nouo.*

53 *Quoties actus a duobus pendet, illi potius est adscribendus, cuius magis interest.*

54 *Quando emphyteusis vacauit, non tenetur filius, cui dominus de nouo concessit, quicquam conferre.*

QVÆSTIO XVIII.

SVbdit vlterius Lusitanus legislator: *E se o dito prazo for comprado, ou teuer o finado nelle feitas bemfeitorias, guardar seá acerca do preço, ou bemfeitorias, o que dizemos no titulo, de como se ham de fazer as partições, &c.* Id est, *Quod si prædicta emphyteusis fuerit emta, aut defunctus in ea meliorationes fecerit, obseruabitur circa precium aut emponemata, quod dicemus in titulo de iudicio familiæ herciscundæ.*

1 Vtilis † hæc materia est, secundum Paulum de Montepico, *in l. qui quartam. ff. ad leg. Falcid. num. 50.* in qua agitur, de conferenda, aut imputanda emphyteusi, & melioramentis in ea factis, qua nulla in vsu forensi frequentior, aut Reipublicæ vtilior est, quam pertractare breuius, quam fieri possit, intendimus. Et quia meliotamenta tanquam accessoria, emphyteusi cohærent, & simul cum ea imptantur, quando imputanda emphyteusis ipsa venit, primo loco ea examinanda quæstio est, *an emphyteusis in casu legis nostræ, cōcessa,* nempe, *pro eo, qui nominabitur*, vel etiam, *pro vno ex filiis nominando sit in legitima ei imputanda filio, quem pater nominauit?* quam in terminis reperio mouisse Bart. *in l. 1. §. nec castrense. num. 6. ff. de colla. bonorum*, qui exemplum in feudo ponens, arguit imputandum esse, per text. *in l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffic. testam.* probantem, a patre in fauorem filii comparatam militiā, illi in legitima imputandam esse, si modo illa potest ad hæredes transmitti, quamuis nequeat vendi: cuius qualitatis feudum esse videtur, quod licet vendi non possit, transmitti tamen ad hæredes potest: Ergo imputari debet, vt ibi adnotauit Guliel. de Cuno. Quod sane Bar. intelligit verum, quando ita a patre feudum fuit acquisitum, vt statim ipso viuente filius illud obtineat, illoque vtatur, & fruatur, non sic quando ipse pater viuens illo est potiturus, quo casu, imputari in legitima filii feudum non potest, ex regula *l. 1. §. si ab ipso. ff. de colla. bonorum*, vbi post mortem patris filio acquisita, non cōferri scriptum est, & *in l. 2. § diuersum, eod. tit.* Quod idem ex identitate rationis in emphyteusi obseruandum esse, ibidem Bart. probat: nisi emphyteusis post mortem patris filio ita acquiratur, vt etiam in vita patris illi acquisita censeatur, quia etiam tunc imputanda venit. Quæ Bart. sententia recepta est, ex Iaso. *in l. illud, num. 4. C. de colla. & in l. quoniam nouella, num. 9. C. de inoffic. testam.* concordat Socinus, firmans, quod est de mente omnium, *in consi. 91. col. 4. ad finem, lib. 1.* testatur etiam communem esse Parisius, *lib. 3. cons. 56. num. 17. cum seq.* firmans, quod omnes ita intelligunt tex. *in d. l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffic. testamento*, vt dumtaxat procedat, quando pater emit filio militiam, feudum, aut emphyteusim, vt statim ea viuo patre filius vtatur, & fruatur secus vero, si post mortem. Concordat Fabian. *in authent. nouissima. C. de inoffic. testam. num. 114. ad finem, & Rumus, in l. in quartam. ff. ad leg. Falcid. num. 27.* qui etiam testatur communem. *& Berenga. ibidem, nu. 78. c. 3.*

Quorum † resolutio obtinet, & procedit, etiam quando pater sibi emit, & ordine successiuo, 2
pro nominando filio, quem ille nominauit; & in vita tradidit, fruendam: quo etiam casu profectitia emphyteusis censenda est, & consequēter imputanda, *ex his, quæ tradit Peralta in l. vnum ex familia. §. rogo. ff. de leg. 2. num. 11.* resoluens, quod in hac specie, quando pater in vita concessit emphyteusim, quam vsq; ad mortem potuit retinere, libere potest filium grauare, quasi ab eo, non a domino habentem, quicquid Iureconsultus, *in §. 1.* prębet a domino magis, quam a patre illum emphyteusim capere. Debet enim hoc intelligi, quando pater post mortem nominauit, vel quando in vita ex pacto cōcessionis illam retinere non potuit, quia tunc nihil dici potest de suo dedisse: secus vero quando viuens ille potuit emphyteusi vti, & frui, & nihilominus eam filio dedit.

Quod † etiam intelligendum est, dummodo 3
parēs rem ipsam emphyteuticam pleno iure filio nominato tradat vtendam, & fruendam, non sic quando fructus reseruauit ad vitam, seu pro tempore vitæ suæ: in qua specie licet postera die parens, qui nominauit, decedat, imputare emphyteusim filius nominatus, non tenebitur, vt noster non semel primatius Senatus censuit, ex auctoritate Neuisa. *consi. 10. num. 5.* me aduocato, & sedulo ad id inducente legem Regiam, *lib. 4. titu. 77. § 32.* quæ in materia ista notabilis est, menteque tenēda. Quare illius verba huic loco transcribere libuit. *Querendo nos a isto prouer, Mandamos, que daqui em diante se tenha esta maneira, cōuem saber, se o pay, ou māy teuer algū emprazamento, que lhe seia feito em pessoas, ou pera elle, & pera seus filhos, ou pa elle, & sua molher, & hū filho, que de antre ambos nascer, ou o que derradeiro delles nomear em sua vida, o der em casamēto, ou per outro titulo a cada hum de seus filhos, & o nomear ao dito prazo, seia obrigado o dito filho, o trazer a collação, se quiser herdar com seus irmãos, ou lhe será contado em seu quinhão a valia, & estimação do que o dito prazo valia, ao tempo que lhe foy dado: & se o pay, que lho asi deu, for a derradeira pessoa, trazerá a collação o que o dito prazo valia na vida do dito pay, que lho deu, como emcima dissemos, no caso das tenças: & não lhe sendo dado em vida do pay, ou māy, mas nomeandoo somente por pessoa ao dito prazo, pera despois de sua morte, em tal caso, não será obrigado a trazer o dito prazo, nem a valia delle á partilha, & collação, nem lhe será contado em sua legitima, nem descontado della: saluo se o dito prazo fosse comprado, ou acquirido do dinheiro, ou fazēda do pay, ou māy, que o nomeou, ou posto que não fosse comprado, teuesse o nomeante feitas muitas bemfeitorias, & despezas em o dito prazo: porque em estes casos, será o filho nomeado obrigado trazer a collação, ou lhe será contado em seu quinhão, o preço, per que o prazo for comprado, ou o preço que valer o dito prazo ao tempo q̃ o houuer, qual o filho nomeado antes quiser: & assi lhe será contado no caso das bemfeitorias, o preço, que o dito prazo mais valer, por rezão das ditas bemfeitorias, ao tempo q̃ elle ouuer o dito prazo, ou o que custaram as ditas bemfeitorias, qual elle mais quiser: & esto não so entenderá em alg̃uas despesas,*

& bemfeitorias pequenas, nem em algũas outras, que o nomeante de necessidade, por dereito cõmum, sem outra conueuça das partes, nem condição pos'a no contrato emphyteutico he theudo fazer. Id est, *volentes in hoc prouidere, sancimus vt deinceps iste modus obseruetur scilicet, si pater aut mater habuerint aliquam emphyteusim sibi concessam in tres personas, aut sibi aut filiis: aut sibi, & eius vxori, & filio ex ambobus nato, aut ei, quem coniugum postremus nominauerit, siue elegerit, & alter in vita emphyteusim in dotem filia cõstituerit, aut per quemuis alium titulum vni ex filiis concesserit, ipsumque nominauerit, in prædicta emphyteusi: prædictus filius, si cum fratribus velit patris hæreditatem adire, illam conferre teneatur, aut computabitur in eius portionem valor & æstimatio prædicta emphyteusis, inspecto tempore contractus & traditionis. Quod si pater, qui ita emphyteusim dedit, fuerit vltima persona seu vita, conferet filius æstimationem ipsius, pro vita patris donantis vt diximus in casu annonarum ciuilium. Sin autem vterque parens in vita emphyteusim filio non donauerint, sed alterum ex filiis post mortem suam nominauerint dumtaxat, ac vocauerint ad prædictam emphyteusim, eo casu filius nec emphyteusim, vel eius æstimationem, conferre, nec in iudicium familiæ herciscundæ deducere tenebitur, nec ei vllo modo in legitimam portionem imputabitur, aut computabitur. Nisi prædicta emphyteusis emta fuisset, aut acquisita ex pecunia, aut substantia & patrimonio vtriusq; parentis nominantis, aut quamuis emta non fuisset, nominans tamen plures meliorationes & emponemata in re emphyteutica expendisset aut alios sumptus, & impensas erogasset quoniam in his casibus filius nominatus conferre tenebitur, aut imputabitur in eius legitimam portionem precium quo emphyteusis fuit emta, aut valore emphyteusis inspecto tempore venditionis, attẽdetur, vtrũ filius eligere maluerit. Sic etiam computabitur precium & æstimatio meliorationum, inspecto tempore traditionis vel sumptuũ impensarum, vtrum maluerit. Quod tamen minime in & impensis & meliorationibus exiguis, accipiendũ est, nec in aliis quas nominans ex necessitate contractus iure communi absque alia partium conuentione, vel conditione in contractu emphyteutico apposita facere tenetur.*

Notanda est admodum lex hæc Regia, quæ nihil intactum reliquit, ad caussarum emergentium decisionem pertinens.

Senatus noster aliquando censuit, imputandam esse emphyteusim, quando parens ita filium nominauit, ne amplius possit variare, iuxta formam l. Reg. *hoc lib. 4. titu. 63. in princ.* per quam in ea specie statutum est, adeo filio nominato acquisitũm esse ius in re, vt ab eo euelli neutiquam possit; & si contingat parentem rei emphyteuticæ vsumfructum reseruasse pro tempore vitæ suæ: Qua ratione Senatores nostri intelligebant, satisfactum esse verbis l. Regiæ *in d. §. 32.* ibi. *Se em sua vida o der em casamento, ou per outro titulo.* Satis enim aiebant dedisse parentem, qui ita nominauit, vt filium nominatum dominum fecerit.

4 Date † enim secundum nostrorum interpretationem est, dominium facere. *l. vbi autem. § fin. ff. de verborum obligat. §. sic itaque. institut. de actio. Angel. in § fin. in fine. institut. de inutil. stip. Fortun. in l. iurisgentium. in princ. ff. de pactis. Alciat. in l. dedisse. ff. de verborum signification. & ibi Rebuff. Galeau. in l. 2. in princ. ff. de verborum obligat. Alex. & Iaso. in l. si a substituto. §. heres. ff. de legat. 1.* Quod maxime obtinet in casu, quem tractamus, in quo filio nominato ius acquiritur irreuocabiliter, secundum quod Legislatori placuit *in d. titu. 63. prope finem. §. 1.* ibi, *he acquirido tanto direito ao nomeado, que lhe non pode ser ja reuogado, &c.* id est, *tantum iuris nominato quæsitum est, vt amplius reuocari non possit.* Quare ego animaduerto, verba l. Regiæ, *in d. §. 32.* sane interpretanda esse, vt significent, ita oportere parentem dare, vt nihil prorsus retineat. Plena enim requiritur, meo quidem iudicio, datio, & rei emphyteuticæ traditio, vt nominatus filius imputare eam teneatur. Aliter enim si parens fructus pro tempore vitæ suæ reseruauit, quid est, quod de suo patrimonio conferendum præstitit, aut in legitima imputandum? Certe nihil, siquidem nominare post mortem successorem tenebatur, secundum concessionis formam *l. vnum ex familia. ff. de leg. 2.* secundum quam parens nominãs ad emphyteusim filium, qui ab eo nihil capit, grauare non potest, *vt in d. l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2. Dd. tradunt; & Peralta ibidem, in § sed si fundum, nu. 3.* Qua ratione conferre, aut in legitima imputare nihil habet, quod filius nominatus debeat: Quæ profecto est ratio, propter quam Dd. in locis paulo ante a me citatis resoluunt, emphyteusim imputandam non esse, nisi illam pater comparauerit, pretio emerit, aut in vita filio vtendam, & fruendam dederit: quo casu de suo videtur pretium, vel fructus, quibus interim posset frui dedisse: & propterea, ne hos insolidum diminuto parentis patrimonio filius consequatur, imputare emphyteusim sic traditam compellitur. Cuius contrarium obtinebit, quãdo non reseruatis rei emphyteuticæ fructibus filium pater nominauit, quia tunc ab eo filius omnino capit. *d. §. 1. l. vnum ex familia*, coniuncta *l. ab eo. C. de fideicomm.* secundum quem sensum proculdubio sunt intelligenda verba d. l. Regiæ, tit. 77. § 32. ibi, *se em sua vida o der em casamento, ou per outro titulo, &c.* id est, *si in vita dederit in dotem, aut per alium titulum*, scilicet, cum effectu taliter, quod filius statim verus sit, & plenarius rei emphyteuticæ vtilis dominus, illiusque fructibus vtatur libere, & fruatur, quod ex natura verbi *dare*, facile deducitur, si consideres, quod postulat rem accipiẽtis fieri, vt in iuribus iam citatis habetur. Deducitur etiam ex verbis d. l. Regiæ, ibi, *em casamento.* Si attenderis eam esse naturã cõtractus, reique dotalis, vt illius fructus pro matrimonii oneribus leuandis maritus faciat suos, secundum quod habetur *in l. Doce ancillam. C. de rei vindi. l. in rebus. C. de iure doti. & l. Fructus. ff. solut. matrimo. & in l. de diuisione. 5. cum seq. ff. eod. tit.*

Quocirca, † vt ego interpretor, dotis casum legislator expressit, quo significaret, & doceret, tũc demum esse imputandam emphyteusim, quando eo modo, & pacto parens filium nominauit, vt simul cum vtili dominio filius fructus suos faceret, quo casu fructus saltem, a patre filius dicitur habere, & propterea imputare compellitur, non sic quando parens fructus sibi reseruauit, dum viueret: in qua specie nihil prorsus de suo pater in filium contulisse, dici potest, quo filius ad collationem astringi valeat. Quæ fuit sententia Bart. loco iam citato, communiter recepta, secundum quam necessario lex Regia *d. §. 32.* intelligi debet, idque ex verbis eiusdem l. Regiæ proculdubio deducitur, ibi, *Mas nomeãdo somente pera despois da morte, não sera obrigado trazer o dito prazo, nem a valia delle a partilha*, id est, *Si nominauerit post mortem, non tenebi-* 5

tur conferre, in iudicio familiæ herciscundæ, prædictam emphyteusim, aut eius æstimationem. Ecce qualiter lex Regia limitat, quod supra dixerat, filium teneri imputare emphyteusim, non procedere, quando nominatio statim viuo patre plenum non consequitur effectum, sed magis post mortem nominãtis, quod ex ratione suprascripta procedit, quia pater ex suo nihil prorsus confert, aut filio pręstat, secundum quem sensum sedulo cauendum est ab his, qui d. verba l. Regiæ referunt ad nominationem factam simpliciter, & sic reuocabilem, ad instar donationis caussa mortis, vt Senatores quidã ex nostris intelligebant, asserentea ita a suis Conimbricẽsibus præceptoribus didicisse, qui intrepide docuere, sufficere nominationem irreuocabiliter factam esse, vt ad imputationem filius cõpelli possit, secundum quem sensum doctores illi interpretabantur, illa verba, *der em casamento em sua vida, &c.* id est, *dederit in dotem in sua vita.* Irreuocabiliter, nempe nominãdo, licet vsumfructum reseruet: Nec mirum est, quod vna legis pars per aliã declaretur, *secundum adnotata in l. qui filiabus. ff. de leg. 1.* & sic hæc verba eum patiantur sensum, propter illa paulo antè relata. *Mas nomeando o foreiro pera despois da morte.* Quę sane neruosa consideratio videtur. At proprior multo nostra est interpretatio, secundum quam lex illa Regia iuris communis regulis conuenit, quæ postulant emphyteusis imputationem, quando illam statim filio fruendam pater a dedit, non quãdo post mortem, quo casu omnis paterni cessat patrimonii diminutio. Quapropter nostra obtinuit quidem sententia, quam horum Regnorum communis praxis obseruat, & sine difficultate probat.

6 Quam † & ego vltra præmissa cõprobare sum solitus, ex auctoritate leg. Regiæ per locũ ab speciali *lib. 4. tit. 77. §. 1.* quatenus probat ciuiles panes a patre renunciatos, in fauorem filii imputandos non esse, & si ea motus resignatione princeps illi filio resignantis præstet, & donet: tanta est enim Regalis liberalitatis auctoritas, & prærogatiua, vt imputari non debeat, *l. quoniam multa. C. de bonis quæ lib.* perpende modo verba d. l. Regiæ, quæ sic sese habent. *E quanto as cousas de juro, que alguns de nos trazem, & assi as tenças, que são em vida, & nos requerem que em suas vidas as ponhamos em cada hum de seus filhos, ou netos, determinamos que não venham á partilha, nem so contem em sua legitima per morte da quelle que as soltou, & traspassou.* id est, *quantum vero ad bona regia coronæ, quæ iure proprio ex cõcessione dominica habentur: item etiam panes ciuiles, qui vita circumscribuntur, quæ a nobis efflagitantur, vt illa in vita obtinentium, denuo in persona filiorum aut nepotum, renouemus ac constituamus, sancimus, ea minime conferenda in diuisione hæreditatis, nec in legitimam computanda, per mortem eius, qui a se abdicauit & transtulit.* Est imprimis ponderãdum, legem Regiam se cum misterio restrinxisse ad bona illa (vulgo *juros, & tenças* dicta) quæ nostri panes ciuiles appellant, vt in *l. Iubemus. 14. C. de sacrosanct. eccles.* ibi, *annonas ciuiles. l. fin. §. præterea. C. de iure dot. Alciat. lib. 8. parergon. cap. 5. Valascus de iure emphyt. quæst. 12. num. 6.* Hi enim panes ciuiles a principali donatione procedentes bonorum castrensium sortiuntur naturam, & priuilegium: Quapropter licet mediante patris persona, eiusque contemplatione, & resignatione princeps ad ita concedendum moueatur, conferri, aut imputari non debent. Cuius contrarium lex illa Regia plane præsupponit obseruandum, in aliis bonis, quæ citra vllam principis liberalitatem, filius mediante patris renunciatione consequitur, quod ex illis verbis, *que alguns de nos trazem*, facile colligitur, quasi oppositum sit respondendum, si ab alio, quam supremo Principe habeat. Cuius rei illa potest esse ratio, quia lex, *cum multa. C. de bonis quæ lib.* solum procedit in imperiali donatione, seu Regali ab eo facta, qui non recognoscit superiorem, *vt adnotauit Paulus, ibi. & Felin. in c. cum non liceat, col. 4. de præscripti. Soarez in allega. fol. 191. col. 3.* Quamobrem dicendum est, non sine misterio legem Regiam mentionem fecisse de pane ciuili a supremo Principe concesso, vt scilicet excluderet, concessum ab illustrissimo domino Duce Brigantiæ, Marchione Villæ Regalis, vel ab altero a Regia prosapia procedente, ceterisq; aliis Regni magnatibus, qui huiusmodi ciuiles panes suis solent elargiri.

Addo † etiam d. legem Regiam caute quidem 7
meminisse de his panibus ciuilibus, a mera principis liberalitate, & magnificentia procedentibus, vt doceret oppositum fore resoluendum in emphyteusi a patre in manibus principis, vel alterius directi domini, vt illam de nouo fratri concedat, resignata. Hæc enim imputanda est, si eo modo filio fuit concessa, vt statim, viuo patre, illa vtatur, & fruatur. Cessant enim in hac specie prærogatiuæ. d. *l. cum multa. C. de bonis quæ lib.* quia emphyteusis ex contractu magis vltro, citroque obligatorio, quam mera liberalitate procedit. *Alexa. in l. ex facto. § si quis rogatus, in 1. num. 22. ff. ad Trebell. ad finem. Iaso. in l. quo minus nu. 144. ff. de flumi. tradit Alex. lib. 7. consil. 7. & Bertrand. lib. 1. consi. 42. num. 8.* Qua ratione prudenter lex Regia *infra. §. pen. hoc titu.* statuit emphyteusim a Rege concessam, regulandam esse ab alia priuata. Concordat generalior alia Reg *lib. 2. titu. 17. §. 6.* per quas vsus & praxis obseruat dispositionem *d. § 32. titu. 77.* obseruandam esse, etiam in concessionibus a principe factis. Recte igitur ea l. Regia per locum ab speciali probat id, quod diximus, verum esse emphyteusim imputandum a filio esse, quando illam ita pater renunciauit, vt statim illa filius fruatur, & non aliter. Habet enim in hac specie filius a patris substantia emphyteusim (*de qua agimus*) necessario imputandam, ne quo modo nominatus filius in fraudem, & pernitiem aliorum fratrum, præcipuos rei emphyteuticę fructus consequatur, quos pater erat suos facturus, nisi in fauorem filii renunciasset.

Quæ † est ratio propter quam fere in terminis 8
auctore a nostri vtiliter resoluunt, ementem feudum a patre, vel alio possessore, qui in præiudiciũ agnatorum alienare non poterat, mortuo venditore, dimittere emphyteusim teneri, proximoq; agnato restituere, precio neutiquam petito, quæ fuit Iserniæ resolutio, *in c. 1. § sed etiam res, post prin. in titulo, per quos fiat inuesti. & ibi Aluar. nota 3. Roma. consi. 22. in fin. Decius. 144. col. 2. & 208. nu. 9. & consi. seq. nu. 5. Brunus, & alij,* quorum meminit Nemisa. *consi. 10. n. 5.* qui oppositum probant, quando statim in vita vẽdentis agnatus feudum vindicat, tantum enim interest fructibus emti feudi frui emtorem, vel illis carere.

9 Vbi † igitur filius a patre nominatus emphyteusim cum fructibus statim consequitur, imputare illam tenetur, ex regula, *l. vt liberis. C. de collatio. in fine*, ibi, *de cuius hæreditate agitur, eadem dos, vel donatio, ex substantia eius profecta conferatur.* Omne enim, quod ex paterna substantia, & patrimonio procedit, est conferendum, & imputandum, vt ibi omnes communiter probant interpretes, *& in l. quartam. ff. ad leg. Falcid. & ibi Picus num. 173. bonus tex. in l. Scimus. §. per repletionem. C. de inoffic. testam. Beringa. in d. l. in quartam. num. 65. & 95.* quod d. l. Regia innuere manifeste videtur, *d. titu. 77. §. 32.* ibi, *de rem casamento.* Verbum enim dare, *vt superius adnotauimus*, est dominium transferre, *vt tradunt Dd. in l. fin. ff. de condit. caussa data, & in l. 1. C. de iure dot.* vbi constituitur differentia inter dotem incipientem a promissione, & traditione.

Ex quibus re vera, ni fallor, proprius, & æquius est, intelligere d. l. Regiam procedere, quando pater filium nominauit pleno iure, vt statim cum fructibus emphyteusim possideat. Aliter enim si vsumfructum reseruauit, vt passim fieri consueuit, quia re ipsa, de suo nihil omnino præstat, quod suam substantiam, & patrimonium minuat, (quæ est potissima collationis caussa, *vt in d. l. vt liberis, habetur*) nulla insuper fraus, aut inæqualitas inter liberos considerari potest. Ergo cessare collatio debet, & imputationis necessitas, de qua agimus.

10 Ceterum † quod pater hoc casu filium nominans ad emphyteusim nihil de suo omnino conferat, quod suum lædat patrimonium, vltra quod res se ipsam indicat, deduci vnice potest, ex l. Regia, *lib. 4. titu. 77. §. 34.* quatenus probat, sine consensu vxoris maritum huiusmodi nominationes emphyteuticas facere posse: quod ego sum solitus declarare, dummodo ille vsumfructum pro tempore vitæ suæ reseruet, aliter non poterit ille vxore inconsulta remittere, per l. Reg *lib. 4. tit. 6.* Quocirca quoties parens filium nominauit vsufructu reseruato, quia de suo nihil præstat, quod suum possit patrimonium minuere, intrepide respondendum est, collationis, & imputationis rationem cessare, quod ita horum Regnorum vsus & praxis obseruat. Quæ mihi verior, æquiorque videtur sententia, ne quid tamen in materia tam vtili, & necessaria indiscussum relinquatur altius hanc exordiendam quæstionem duxi.

11 Hanc † quæstionem, *an emphyteusis a patre in filium collata imputanda* sit in specie mouet Ang. *in l. si patroni. ff. ad Trebell.* resoluens, quod minime imputanda est, quando eam capit, vt filius, non vt hæres, quod contingit in emphyteusi concessa, pro filiis, vel etiam, pro vno ex filiis nominando, aut pro vna persona nominanda, vt exemplificat l. Regia, *d. §. 32. titu. 77. lib. 4.* In his enim exemplis, quia emphyteusim a patre filius non habet, sed magis a domino, cessare imputationem placuit, *vt in d. l. si patroni. ff. ad Trebell. glo. voluit, verbo, apud hæredem*, quæ notabiliter in quartam Falcidiam, seu Trebellianicam, non esse imputãdum fideicommissum hæredi debitum, aut quicquam aliud, quod alias hæres erat habiturus, & si hæres non fuisset: in quo ea gloss. communiter approbatur a Dd ibi, *vt tradit Silua. cons. 44. nu. 4. Rubeus 34. num. 8. Valascus, de iure emphyt. q. 46. Fabia. in auth. nouissima. C. de inoffic. testam. nu. 109. & 114. Capi. q. 2. Iulius Clar. lib. 4. verbo, feudum. q. 46.* Qua ratione in feudo, & emphyteusi, pro filiis concessa, quam filius potest petere, & vindicare citra ius, & nomen hæredis, vtiq; idem est respondẽdum, quod imputari non debet, *secundum Ang. d. loco, & ibi Dd. cõmuniter, & Ias.* qui communem hanc esse testatur *in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 226. Pinell. de bon. ma. fol. 147. in fin. Barba. lib. 2. cons. 63. a nu. 14. Affli. in c. 1. an agna nu. 57. cum seq.* Licet in feudo oppositum probet Costa, *de Regni success. pag. 43.* & emphyteusi Sali. *in l. omnimodo. §. imputari. nu. 9. C. de inoffic. testam.* atq; etiam Affli. *vbi supra.* Sed cum Ang. est communis resolutio, quam vltra præcitatos, post Cuma. & Paul. *in d. l. si patroni. ff. ad Treb.* hanc probat Alex. *cons. 8. nu. 6. lib. 3. & lib. 4. cons. 89. nu. 8.* sequitur Ias. alios referens, *in l. quoniam nouella. C. de inoffi. test. nu. 9. & in l. illud. C. de collatio. nu. 4. Affli. in c. imperialem. §. præterea ducatus. a n. 75. de prohib. feud. alien. per Fed.* vbi tanquam indubitatam hanc probat sententiam, & Calca. *cons. 74. Hippo. sing. 32.*

Quibus † adde, quod hanc eandem opinionẽ tenuit Angel. *in auth. de nup. §. optime.* ex auctoritate glo. ibi, quæ in his terminis voluit acquisitum filio, propter transitũ parentis ad secundas nuptias in legitima imputari non posse, quia illud a lege magis, quam a parente filius capit, citra ius, & nomen hæredis. *Bald. in l. hac edictali. C. de secund. nup.* vbi dicit esse casum pro illa glo. *versi. ita tamen*, quatenus probat, quod vltra illud lucrum est filio relinquẽda integra legitima, & dicit, quod hæc est veritas, *sequitur Fabianus, in auth. nouissima. C. de inoffi. testam. q. 12.* licet Rayne. & Alexa. impugnent *in addi. ad Bal. in d. l. hac edictali*, pedes tamẽ non firmantes. Eandem etiam opinionem sequitur Bald *cons. 288. in fin. lib. 4.* vbi formaliter dicit, quod filii primi matrimonii non tenentur imputare quęsitum, ex dispositione *d. l. hac edictali*, quod idem Bal. voluit, *consi. 455. versi. præterea lib. 2. & in c. ad hæc. col. 2. vt lite non contesta. & ibi Barba. col. 13.* sequitur etiam hanc opinionem Iacob. de Bellouiso. *in d. §. optime, oppo. 2. & in q. 2. & 5.* & sequitur, & Montepicus, *ibidem*, & Bari. eum illa glo. transit, & clarius *in l. 1. C. de in offic. dot.* vbi etiam Buttric. quem refert Fulgo. *consi. 97.* quicquid repugnet Sali. *in d. l. hac edictali*, contra quem pro communi, optime consuluit Paulus, *cons. 173. col. 3. lib. 1. alias cons. 151. secundũ nouam impressionem, & cons. 345. lib. 2. rursus, & cons. 474.* vbi firmat, quod omnes antiqui sequuntur illam glo. sententiam quam & Signoro. probat, *cons. 179.* asserens, quod non est ab hac opinione recedendum in foro. secundum quam etiam consuluit Alexan. *lib. 3. cons. 8. versi. benefacit. & lib. 4. cons. 84. rursus, & lib. 5. cons. 27.* verissimamque esse, & communem testatur Bertran. *in d. l. hac edictali. versi. ita tamen. nu. 10. C. de secund. nupt.* vbi ceteris fusius agit, & glo. sententiam defendit: Quo argumento sane, nec emphyteusis (de qua agimus) imputari debet.

Quod † ex eo etiam fortificatur, si consideres, 13
quod collatio dumtaxat locũ habet, quando bona de quorum collatione agitur, filius a paterno patrimonio, & substantia habuit, *vt iam supra diximus*, & probat Imperator, *in l. vt liberis. C. de colla.* At emphyteusis non est huiusmodi, quia pater nominans de suo nihil prorsus præstat, *l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* ibi, *quid enim est, quod de suo videtur reliquisse, qui quod reliquit omnino reddere debuit?* quasi dicat,

ſi dicat nihil, vt ibidem exponunt Dd. Conueniunt nonnulla iura idem omnino probantia. & a Iaſo. citata *in l. Si arrogator. ff. de adopt. num. 34. Decius conſi. 543.* ex quibus paſſim auctores noſtri concludunt, filium hoc caſu a parente nominatum grauari non poſſe, quia ab eo nec capit filius nec honoratus reperitur. *l. ab eo. C. de fideicomm. Socin. lib. 2. conſil. 230.* qui *lib. 3. conſi. 104. num. 3.* in ſpecie probat huiuſmodi bona emphyteutica non eſſe conferenda, aut imputanda. Conducit Palat. *in rubric. de dona. inter vir. & vxo. §. 50. num. 9. & in l. 27. Tauri nu. 29. cum ſeq. vbi agit de regula d. §. 1. l. vnum ex familia. agit & Segura, in ſuis repeti. fol. 34. col. 3. & 4.*

14 Quamobrem † l. Regia, *lib. 4. titu. 77. §. 32.* ſupra ſcripta reſpiciens, ſcite quidem negat emphyteuſim imputandam eſſe, quando pater illam filio dedit, non tamen ſtatim fruendam. Qua ratione ceſſante, vbi pater pleno iure filium nominauit, citra vllam fructuum reſeruationem, vtique contrariũ obſeruandum d. l. Regia probat, imo quod debet æſtimationẽ filius imputare. Negare enim non poſſumus, quod in hac ſpecie parens interuſurium fructuum a ſe, patrimonioque, & ſubſtãtia ſua abdicauit. In quo ea lex Regia, plus æquo durior mihi viſa eſt, quia pro tam modico intereſſe totius emphyteuſis æſtimationem præcipit imputare debere filium. Satis enim erat imputari dicti interuſurii precium, & æſtimationem, niſi dixeris, quod mediam viam voluit legislator probare, inter varias noſtrorum auctorum ſententias.

15 Scimus † enim quamplurimis magni nominis viris contrariam placuiſſe ſententiam, imo quod emphyteuſis ſemper eſt imputanda, vt nominatim voluit Nico. de Nea. *in l. pater. ff. ad legem Falcid.* quem refert. Alexan. & ſequitur, *in d. l. ſi patroni. ff. ad Trebell. poſt num. 4 & lib. 5. conſi. 27. Guliel. & Bald. in d. l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffic. teſtam. & ibi Sali. num. 9. Ripa, in l. in quartam. ff. ad leg. Falcid. num. 178. Iacob. de feudis, verbo, & cum pacto, col. penult.* vbi, quod in foro non eſt, ab hac ſententia recedendum firmat, propter auctoritatem illam probantium, & eſſe magis communem aſſeuerat Alexan. *conſi. 29. lib. 5. num. 4.* & nulla horum facta auctorum mentione hanc probat Gome. *in l. 29. Tauri, ante nu. 21.* eo ſolo argumento, quia inquit, poteſt ad hæredes tranſmitti, ergo debet imputari *d. l. omnimodo. §. imputari.* & hanc eſſe receptiorem opinionem, teſtatur Maranta *in l. ſi poteſt. ff. de acquir. hæred. nu. 28.* & eam ſequitur Curt. *de feudis. 4. par. nu. 134.* ſola auctoritate contentus. *Alex. in d. l. ſi patroni. ff. ad Trebell.* Vides iam quanta ſit hac in re inter auctores noſtros varietas, & quam vtilis fuerit l. Regiæ diſpoſitio, & neceſſaria, *in d. §. 32.* per quam omnia iſta concordari poſſe videntur. Vt prima opinio procedat, quando pater, non ita emphyteuſim filio conceſſit, vel acquiſiuit, vt illa ſtatim potiretur, ſed magis poſt mortem, quo caſu, quia filius a patre non habet, ſed a domino qui conceſſit, imputatio ceſſat: quia nihil prorſus parens de ſuo dedit. Secunda vero quando ſtatim fruendam dedit.

16 Sed † *an Nicol. de Neapo. iure ſuam probet ſententiam, & an forte ea verior nobis perſuaderi poſſit,* modo videamus. Primo igitur, in fauorem Nicolai probantis emphyteuſim conferendam, ſeu imputandam eſſe, inducitur tex. *in d. l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffic. teſtam.* vbi Imperatori placuit militiam, & ſimilia, quæ vendi poſſunt, aut ad hæredes tranſmitti, imputari debere. Atqui emphyteuſis eſt huiuſmodi, quia vendi poteſt, & ad hæredes tranſmitti. Ergo debet imputari, *vt Bald. in d. §. imputari, & alij ſupra citati concludunt, & Calcane. conſ. 47.* qui in emphyteuſi conceſſa in tertiam generationem loquitur.

Secundo † imputantur ea, quę parentum contemplatione filio conceduntur, quia profectitia reputantur, ſecundum communem, *in d. §. imputari.* vbi id Imperator probat, dum ea conferri, aut imputari conſtituit, quæ patris occaſione ſunt filio collata, & conceſſa. *Alexand. num. 6. d. l. ſi patroni. ff. ad Trebell. verſi. ſecundo, Paulus de Montepico, in l. in quartam. ff. ad leg. Falcid. num. 173. dubius tamen. nu. 177.* At negare non licet, quod in ſpecie propoſita, emphyteuſis eſt filio conceſſa, & acquiſita, patris cõtemplatione. Illam ſiquidem fuit a domino ſtipulatus, & cui, ille principaliter conceſſit, & filio propter eum. Quocirca concedere imputationem (de quo agimus) oportet, *l. profectitia. ff. de iure doti.* Niſi dixeris, quod hoc ſolum procedit in terminis, *l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffic. teſtam.* quando bona fuerunt filio in vita parentis acquiſita, & fruenda tradita, non ſic quando poſt mortem tantum fruenda ſunt conceſſa. Quemadmodum contingit in emphyteuſi, de qua præſens eſt quæſtio, pro patre, & filiis conceſſa, ſeu pro filio nominando, quæ ordine ſucceſſiuo cenſetur data, *ſecundum adnotata in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de lib. & poſthum.* vt cum communi, reſpondet Pariſius, *lib. 3. conſi. 56. num. 17. cum ſequen.* cui ſolutioni accedit certe Alexan. *in l. ſi patroni. nu. 6. ff. ad Trebell. in fin.* firmans filio acquiſita, poſt mortem patris non poſſe dici profectitia, *vt in l. fin. §. fin. C. de inoffic. teſta. habetur.* Qua ſolutione refellitur etiam facile primum argumentum.

Tertio, pro hac ſententia inducitur bonus tex. *in l. Filia. C. familia hercisc.* vbi a parente datum, vt filia præcipuum habeat, eſt neceſſario imputandũ. Ergo & emphyteuſis: ſed non concludit, quia loquitur, & procedit in re procedente, ex patrimonio, & ſubſtantia patris: qui caſus longe diſtat ab emphyteuſi, in qua non agitur de re paternã ſubſtantiam contingente, quia a domino, non a patre illam filius habet.

Quarto † inducitur, pro hac ſententia text. *in l. Gallus. § quidam recte. ff. de lib. & poſthum.* vbi habetur, & notatur, hoc caſu patrem dici emphyteuſim ſibi, & filio, ordine ſucceſſiuo, ſtipulatum fuiſſe: primo ſibi ipſi, deinde filio vt caperet, poſt mortem ſuam, *Bart. in l. Si mihi, & Titio. ff. de verb. oblig.* mortis autem cauſſa donata filio in legitima imputatur, *ſecundum Bart. receptum in l. in quartam. ff. ad leg. Falcid.* Ergo, & emphyteuſis quã filius mortis cauſſa capit. Quo argumento Alex. *d. l. Si patroni. ff. ad Trebell. poſt nu. 8.* probat hanc, & veram dicit eſſe ſententiã, ſed non videtur conſideraſſe, quod hoc caſu filius magis a domino, quam patre capit, quare hoc maniſeſte corruit argumentum. 18

Quinto † inducitur, quod alibi ſcriptum eſt, emphyteuſim pro filiis conceſſam poſſe patrẽ vni ex filiis prælegare, quod voluit Bald. *in auth. ſi quas ruinas. C. de ſacroſanct. eccleſ. & Alex. lib. 5. conſi. 27. Corn. conſ. 51. col. 1. & 6. & conſ. 182. lit. p. lib. 3. rurſus, & conſ. 100.* 19

col. 1. lib. 1. Roma. consi. 35. Qua ratione consequens est, quod habet vim legati, & ab eo regulari debet, vt proinde imputari debeat, quia omne legatum imputatur. *d. l. omnimodo. C. de inoffic. testam. Bart. in d. l. in quartam. ff. ad leg. Falcid.* Quo argumento, pro hac opinione mouetur Imola. quem citat Alex. *lib. 5. consi. 27. num. 5. & Ripa. in l. in quartam. ff. ad leg. Falcid. num. 179. Maranta in l. is potest. ff. de acq. hæred. num. 28.* Quod profecto argumentum mihi per quam leue semper visum est; tum quia ratæ doctrinæ auctores oppositum defendunt, imo quod pater non potest vni filio huiusmodi emphyteusim prælegare, *vt iam supra diximus, q. 12. nu. 52. & q. 17. nu. 22.* tum etiam, quia & si concedamus, quod vim legati habet emphyteusis: argumentum non concludit, legatū esse a parentis patrimonio procedens vti oportet, vt sit locus, procedat imputationi, secundum quod iam supra resoluimus, per *l. vt liberis, C. de colla.* Qua ratione hoc argumentum facillime refellitur.

20 Verumenimuero, † si concedis, patrem huiusmodi emphyteusim posse vni ex filiis prælegare, & consequenter eam. tanquam prælegatum, imputandam esse, necessario debes hanc resolutionem restringere ad casum, quo emphyteusis fuit concessa, pro filiis: in qua specie omnes sunt a domino æqualiter vocati: & propterea si nihilominus vni pater prælegauerit, æquitas suadet imputationem concedendā esse, ne prorsus alii filii sua portione priuentur, quod & parentem voluisse verosimile est: siquidē ille inter filios nihil magis, quā æqualitatem seruare debet, quare parens filio emphyteusim prælegans cēsendus est voluisse, quod ille in assecutione emphyteusis cæteros præcedat, satisfactos tamen per æstimationem. Satis enim est charo & amico filio in aliquo prodesse etiam modico.

21 Vnde, † quo casu pater emphyteusim vni prælegare non potest, sine dubio resoluitur emphyteusim imputandam non esse, vt contingit, quando illa a mera domini liberalitate procedit, absq; vlla patris pecunia, aut mercede. Cessat enim in hac specie ratio suprascripta, quod prælegati nomine illam filius consequatur. *Bal. in l. 1. in fine. C. per quas personas. Corn. consil. 282. lit. p. lib. 3. Maranta in l. is potest. nu. 30. ff. de acq. hæred. versi. istud.*

22 Infertur † emphyteusim non esse imputādam, quando non fuit quæsita, & ab eo stipulata, de cuius hæreditate agitur, qualis est emphyteusis antiqua maioribus concessa, & ab illis acquisita. Cessant enim hoc casu omnia sup. scripta: siquidem emphyteusis magis ab auis, quā patre dicitur obtenta, & in nepotes translata, *vt tradit Alex. in d. l. si patroni, post nu. 8. ff. ad Trebell. Ripa, in d. l. in quartam. ff. ad leg. Falcid. nu. 179. Maranta in d. l. is potest. nu. 31. ff. de acq. hæred. Iacobi. lib. feudorum, verbo, cum pacto. col. penult. post medi.* qui firmat, se ita aliquando cōsuluisse, & pluribus doctissimis viris placuisse. Concordat Alex. *lib. 3. consi. 8. n. 51. in fin. cum seq. & nu. 8. vbi addi. idem Alex. lib. 5. cons. 29. nu. 4. Curt. de feudis. 4. par. nu. 134. in fi. Ruinus in l. quartam. ff. ad leg. Falcid. nu. 27. & ibi Berenga. nu. 78. c. 3. Mencha. de success. crea. in fin. num. 236. Valascus de iure emphyt. q. 46. col. 2.* & potest huius rei esse ratio, quia ab auo prouenientia profectitia non sunt, sed aduentitia. *l. quæsitum, & ibi Bart. ff. de leg. 1. glo. Bar. Alex. & Iaso. in l. qui in aliena. §. interdum. ff. de acq. hæred.* aduentitia vero non imputari certi iuris est. *l. Scimus. §. per repletionem. C. de inoffic. test. Bar. in d. l. in quartam.* Ergo nec emphyteusis ab auo quæsita, & nepoti adiudicata. Quamobrē quoties emphyteusis a marito fuit acquisita, pro se, & vxore sua, & vno filio nominādo, mortuo patre a matre nominatus filius emphyteusim imputare nō tenetur, quoniā pater, non mater illam acquisiuit, idq; noster Senatus pluries tanquam indubitatum obseruauit.

Quod † sane intelligendum est, nisi auus centum aureis emerit emphyteusim, quos pater eiusdem aui filius imputauit, quoniam hos similiter nepos imputare tenebitur. Est enim is casus similis illi quo parens centum aureis emphyteusim emit, quos imputandos esse filio nominato in legitima, in confesso est, *per l. Reg. lib. 4. tit. 77. §. 32.* Quæ sane ita enucleata sine difficultate procedunt, siue Nico. de Neapo. sententiam, siue etiam Ange. sequaris. Verum huic ego tanquam receptiori, imo & veriori semper adhærendum intelligo, *per supra scripta, & per ea quæ infra dicentur.* 23

Nicolaus † de Neapo. ait, & post eum Alexan. non tute agere Ang. dum nititur auctoritate glo. *in d. l. si patroni. ff. ad Treb.* dum probat in quartā Falcidiam, vel Trebell. non imputari quicquid filius capit citra ius, & nomē hæredis, quoniam (inquiunt) hæc glo. resolutio procedit ex eo, quia in Falcidiæ quartam, & Trebellianicam solum imputātur, ea quæ ex testamēto hæres consequitur. *l. pater filium. ff. ad leg. Falcid.* per quem ita resoluit Bar. *in d. l. in quartam. col. 2. ff. ad leg. Falcid.* Qua ratione imputari in quartā Falcidiam, aut Trebel. emphyteusis non potest, quemadmodū nec quicquā aliud extra caussam testamenti proueniens, cuius oppositum obtinet in legitima, in quam imputantur omnia ex substantia patris procedentia, licet extra caussam testamenti illa ad filiū perueniant, *vt habetur in l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffi. test.* Quamobrem improuidam iudicāt fuisse illam Ang. doctrinam, qua docuit, imputandum filio non esse in legitimam ea, quæ ille alias erat habiturus, & si hæres patri non extitisset. Agnouerunt enim prouidi, & sapientissimi illi viri incongruam esse Ang. consequētiam. Potest filius hoc habere & retinere, & si hæres non sit patris: ergo non tenetur imputare. Constat enim dotem necessariam esse, illamque habituram filiam, quamuis hæres non sit, & nihilominus imputatur. *l. quoniam Nouella. C. de inoffi. test.* Quocirca suo proprio gladio, & argumēto iugulantur. *Ang. & sequaces, vt per Alex. nu. 4. in d. l. si patroni. ff. ad Trebell.* sequuntur & alii, qui eandem opinionem tuentur. 24

At non aduerterunt (meo quidem iudicio) obicem de dote obiectum nocere minime Ang. sententiæ posse, qui si recte considerabitur, eam magis confirmat. Scimus enim, quod parens filiæ dotem præstans videtur in vita legitimam soluere, *vt tradit Gomez. in l. 19. Tauri. nu. 3. Ord. lib. 4. tit. 77. §. 4.* vbi nos *nu. 44.* latius tractauimus: Qua ratione non est mirum, si illa in legitimam imputetur, cuius soluendæ caussa, illa præstita est a parente. Vnde colligitur minus prouide, contra Ang. Nicol. de Neap. & Alex. insurrexisse. Vt interim omittamus disparē prorsus caussam esse, dotis, & emphyteusis: siquidem illa ex substantia, & patrimonio parentis procedit, hæc ex dominica tantum concessione,

cessione,& liberalitate proficiſcitur: Quare a domino magis quam a patre emphyteusim filius dicitur capere, *secundum adnotata in l. vnum ex familia. §.si de Falcidia.ff. de leg.2.* Quapropter nulla iuris ratio permittit emphyteusim imputari posse, quãuis dotem conferri, & imputari desideret, quicquid incaute nimis Nicolaus de Neap. Alex. & sequaces resoluerint. Secundum vero fundamentum Ang. quod consistit in lucro a lege delato in odiũ parentum ad secundas nuptias conuolantiũ, confundere Alex. conatur, *lib.5.consi.27. num. 9.* intelligens verum esse, propterea quod illud lucrum filius fecit, propter parentis delictum, seu quasi qui lege repugnante non erubuit secundas nuptias contrahere, quo casu illud lucrum filius contra parentis voluntatem capit: noster vero casus concernit acquisitam emphyteusim, in fauorem filiorum, secundum patris voluntatem, qui illam fuit a domino stipulatus. Secundum quam animaduersionem liquido quidem constat, diuersam esse caussam lucri, de quo *in d. l. hac edictali. C. de secundis nupt.* & emphyteusis, de qua agimus, quod eo maxime comprobatur, si consideres, illud lucrum in fauorem filiorum primi matrimonii fuisse a lege inductum, quod vtique conuerteretur in fauorem filii secundi matrimonii, si quo modo illud esset imputandum in legitimam filiorum primi matrimonii. Quocirca ne elusorius reddatur ille fauor filiorum primi coniugii, oportuit imputationem in legitimam negare. Quæ ratio in emphyteusi cessat: siquidem nullus fauor filiorum, nullumq; adest parentis quasi delictum, quod fa-cta imputatione maneat impunitum. At nihilominus contemnenda Ang. sententia non est. Vrget enim pro illa primum Ang. & sequacium fundamentum, quod aduersarii minime dissoluerũt, *vt supra proxime adnotauimus.* Vrget etiam a nobis in fauorem Ang. inducta *l. vnum ex familia.* §.t. ratio, omni solutione maior, cui vix commode satisfieri potest. Quare admirari sum solitus, scribentium neminem illius argumenti meminisse. Verior est itaque, & receptior Ange. sententia, quam nostra l. Regia *d. lib. 4. titu. 77. §. 32.* magis probare visa est, dum negat imputandam fore emphyteusim, quam pater filio post mortem fruendam dedit: quo casu, quia filius a patre nihil omnino capit, sed id tantum consequitur, quod pater omnino reddere debuit, non est cur emphyteusis imputari debeat, siquidem nulla ex parte parentis substantiæ, & patrimonium diminutum, aut damnificatum reperitur, aut inæqualitas, de qua fratres conqueri possint.

25 Cuius † quidem oppositum obseruandum est quando pater in vita fruendã emphyteusim filio dedit, & cõcessit, in qua specie minime possumus negare filium a patre vsumfructum perceptũ saltem, quem parens potuit pro tempore vitę suæ retinere, imputare debere. Quapropter merito potuissent ceteri fratres conqueri de inæqualitate, quo respectu proculdubio vtiliter lex nostra Regia, *in d. §. 32. tit. 77. lib. 4.* statuit hoc casu imputandã esse emphyteusim, secundum quem sensum communis vsus horũ Regnorum, & praxis eam legem Regiã interpretatur: *vt iam supra adnotauimus*, ponderantes, eam legem Regiam posuisse exemplũ in re dotata, vt significaret, ita dandam a patre fore emphyteusim, vt illa filius statim fruatur: quemadmodum solet dote frui pro oneribus, scilic. matrimonii leuandis, *l. pro oneribus. C. de iure dot. l. si ante nuptias, & l. fructus*, coniuncta *l. diuortio. & solut. matr.* Est itaq; l. illa Regia restringenda ad hunc casum, quãdo pater emphyteusim filio pleno iure dedit, & tradidit fruendam. Tunc enim filius eius æstimationem tenetur imputare, licet pręfati Senatores nostri, ex auctoritate præceptorũ suorum Conimbricen. sinm contrarium intellexerint, respõdendum fore: animum inducẽtes suum satis esse, quod parens irreuocabiliter filium nominauerit, & si fructus reseruauerit, tanti faciebant viri doctissimi, non posse patrem variando nominationem reuocare, quod probare minime possumus, quia variatio de iure cõmuni inter probos, & graues viros in consideratione non solet esse, secundum quod habetur *in Clem. 1. de renuncia.* Quod maxime in hac materia nominationis admittendum est, in qua id tantum cõsideramus, an ex patrimonio parentis processerit res, quæ petitur imputari. *l. vt liberis. C. de colla.*

Vnde † deducitur cum iudicio l. Regiæ, auctores *d. §. 32.* statuisse, emptam a parente emphyteusim, respectu precii, a parẽte præstiti imputandam esse, quia illud, ex patris substantia, & patrimonio prodiuit. *l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffic. testam. l. vt liberis. C. de colla. Bal. consi. 11. lib. 5.* quem citat *Alex. lib. 3. consi. 8. num. 6. Capitius, q. 2. Afflict. in c. imperialem. §. præterea ducatus, a nu. 75. de prohibita feudi. alien. per Federic. Calcan. consi. 74. num. 15. & pen. Valascus, de iure emphyt. q. 38. nu. 27. Gama, q. 229. nu. 2.* 26

Ex qua l. Regia, sic explicata plane deducitur veram esse sententiam Ang. a nobis supra vtiliter defensatam, quod emphyteusis post mortem fruenda filio data imputanda non est, quod ex ea l. Reg. plane deducitur: quatenus negat emphyteusim post mortem datam imputandã esse, nisi empta a parente fuerit, quę fuit sententia Ang. *vbi sup.* contra quem Nicol. de Neap. & Alex. tenuere intelligentes ad similitudinem legati imputandam emphyteusim esse, quod lex Regia adhærens Bar. *in l. 1. §. nec castrense. ff. de colla. bonorũ* negat: licet Alex. & sequaces solum intellexerint Batt. negasse emphyteusis collationem, non imputationem hac in re Salic. de incuria graui accusantes, quem certe sensum l. Regia, *d. §. 32.* respuit, nullam prorsus cõstitui posse differentiam inter collationem, & imputationem constituens.

Sed † hæc intelligenda sunt, nisi emphyteusis sit hæreditaria, quia hæc imputari, sine dubio debet, vt præfati interpreres probant, & Calcaneus *consi. 74. ante nu. 19. Alex. lib. 5. consi. 27. nu. 6. & lib. 9. consi. 8. nu. 6.* vbi addi. hanc probat sententiam, & Fabia. *in auth. nouissima. C. de inoffi. testam. nu. 111. Mencha. lib. de success. crea. in fine, nu. 234. Ias. in auth. vnde si parens, nu. 8. C. de inoffi. test. & in l. si non sortem. §. libertus, num. 35. ff. de cond. indeb. rursus. & in l. Gallus, §. quidam recte nu. 44. ff. de lib. & posthu. Afflict. in c. imperialem, §. præterea. de prohib. feud. aliena per Feder. nu. 75. cum seq. Iulius Clar. lib. 4. verbo, feudum. q. 46.* 27

Ex quo infertur, omnem emphyteusim profanam, seu secularem fore imputandam, quoniã & hæc hæreditaria cẽsetur, *vt tradit Valascus de iure emphy. q. 46. & q. 50. nu. 5.* si modo est pro filiis concessa. Aliter enim concessa, pro filio nominando hære-

ditaria, censeri non potest. *Valascus, in d.q.50.& 46. nu.5. Ordina.lib.4.tit.77.§.32.*

28 Ex † quibus vtilis deducitur ampliatio ad *l.Reg. lib.4.tit.77.§.pen.* vt non modo procedat in emphyteusi, pro filiis, & hæredibus concessa: verum etiam, & pro filiis tantum, siquidem & hæc hæreditaria est, quod ita aliquando in praxi peritissimos respondisse viros agnoui. Sed incaute quantum ego iudicare possum, quia l.Reg. *d.§.pen.* non sine misterio meminit de emphyteusi, pro filiis & hæredibus concessa. quam esse hæreditariam in confesso est: *vt nos infra hoc tit.62.§.fin.tractabimus.* Tum etiam, quia l.Reg. *in d.§.32.probat*, nullam hac in re constituendam fore differentiam inter emphyteusim cõcessam pro filio, seu persona nominanda, & pro filiis. Vtroque enim casu negat imputandam esse emphyteusim, nisi in vita filio tradatur fruenda, vt ex illis verbis manifeste colligitur, ibi, dum dicit: *ou pera elle, & pera seus filhos, ou pera elle, & sua molher, & hũ filho que dantre elles nacer.* Quod minime ea lex statuisset, si intellexisset eam concessionem, pro filiis, hæreditariam esse. Hęc enim, & si post mortem eam filius assequatur imputanda venit per *d.§.pen.& fin.tit.77.lib.4.* Quamobrem dicendum est, in his Regnis cõcessionem emphyteuticam, pro filiis factam, nõ esse hæreditariam, quod summe adnotandum cẽseo, quoniam passim doctissimi quidem viri oppositũ incaute opinantur, ad d. l. Regiam minime attẽdentes, quod nõ aduertisse doctissimum Valascum in loco iam citato, vehementer admiror, qui magis videtur communem sensum probare, quatenus absq; vlla distinctione, secundum iuris communis dispositionem hæreditariam ait, esse emphyteusim priuatam, seu secularem, pro filiis concessam, vt ex eius scriptis appatet. Nec credo l.Regiæ verba, *d.§. 32.* restringenda esse ad emphyteusim ecclesiasticam, vt sic Valasci sensum non subuertat, quoniam verborum generalitas, & principis potestas, quæ ad emphyteusim ecclesiasticam non porrigitur, ab eo sensu me retrahunt, & compellunt, vt intelligam generaliter eam legem intelligendam esse in omni emphyteutica concessione pro filiis facta. Sed de his iam satis.

29 Videamus † modo, an expensæ, seu melioramenta in emphyteusi facta sint, & qualiter, & quando imputanda, quod d.lex Regia, *titu.77.§. 32.* adnotauit ibi, *ou se tiuesse feitas algũas bemfeitorias*, quæ vtilis etiam resolutio est, & in praxi plusquã frequens, ad cuius rei cognitionem ante omnia exquirendum est, *an lex Regia in ea traditione, sit iuris præceptis, & regulis conueniens?* Et prima facie videtur dicendum, quod non. Scimus enim quod omne ædificium cedit solo. *l.2. & l.si quis sciens.C.de rei vindict.* Qua ratione eo ipso, quod in re emphyteutica aliquid est expensum, illius directum dominium domino acquiritur, vtili tantum penes dominum vtilem manente *Bald. in c.si quis de manso.col.4. versic.pone, de controuers. inuestit. Brunus de augmento, conclus.20.* Quapropter extincta emphyteusi necessario respondendum est, melioramenta penes dominum directum, per consolidationem manere. *Iaso.post Bal.in l.1.C. de iure emphyt.nu.5.* Quocirca non est, cur illa imputare filius nominatus debeat.

30 Nihilominus † tamen contrarium obtinet, *vt tradit Gama.q.229.num.2. & 3.* quia & si verum sit huiusmodi melioramenta finita emphyteusi consolidari cum dominio directo, & consequenter penes dominum esse mansura, tamen eorum ęstimationem hæredibus expendẽtibus tenetur dominus directus psoluere, vt vtiliter resoluit Alex. *lib.3.consi.162.col.2.in medio.& post alios Valascus de iure emphyt.q.25.num.6. Menochius, lib.de recuperan.posse.nu. 502. Gozadi.consi.20.in fine. Iuli.Clar.lib.4.§. emphyteusis.q.45. & §.feudum, q.88.* Quocirca cum hæc melioramenta ad hæredes transeant necessarium cõsequens est, quod imputari debent. *l. omnimodo.§. imputari.C.de inoffic.testam.* Quare merito l.Regia, *in d.§.32.titu.77.* statuit nominato filio imputanda esse, siquidem notissimum est, quod processerunt, ex substantia parẽtis, non minus, quam precium, quo emta fuit emphyteusis, quod similiter imputandum fore iam supra resoluimus.

Porro † ex suprascripta ratione vtiliter infertur, imputationem hanc cessare, quoties melioramenta ista penes dominum directum sunt mansura, citra vllam satisfactionem, in qua specie, cessat vtique ratio transitus ad hæredes & consequẽter dispositio. *d. §. imputari. l. omnimodo. C. de inoffic. testam.* quod Senatus noster pluries censuit, & decreuit, in illis melioramentis, & expensis quas ex pacto in concessione inito emphyteuta fecit. Satis enim durum, & onerosum, Senatoribus nostris visum fuit, si huiusmodi expensas imputare nominatus filius teneretur, quas nec vendere, neque ad hæres transferre vllo modo licet. Quo argumento in his terminis vtiliter Gomez. *in l.46. Tauri.num.4.* adnotauit, defendi posse illius legis dispositionem, negantem vxori partem expensarum a marito in rebus maioriæ factarum, nec insuper rationi cõuenit pro interusurio medii temporis, quo his melioramentis filius est potiturus, eorundem integram æstimationem, & valorem soluere, vt in simili argumentatur Pinellus *in l. 1. C.de bonis mat.2.par.num.71.versi.quibus in locis.* Quæ profecto argumenta pro hac opinione vrgent nimis, si præsertim consideres, quod in hac specie istas impensas magis a domino, qui illas fieri mandauit, quam a patre filius habet, qua ratione standum est dispositioni *l. vnum ex familia. §. 1. ff. de legat.2.* 31

Præterea † sua tantum, non aliena conferre filius debet, *l.ea demum. C.de colla.* Est enim collatio rei propriç in commune latio. *glo.l.1.ff. de colla.bonorum.in prin.Ias.in l.illud.C.de colla.nu.3.* Atqui ex pacto cum domino inito hæ impensæ non sunt filii, sed domini directi. Ergo imputari non debent. 32

Vlterius † collatio hodie ea potissima ratione inducta est, vt æqualitas inter fratres obseruetur, *vt adnotauit Bart. in l.pater filiam. num.2.ff.de colla.dotis. Cotta in suis memo. verbo, æqualitas, inter hæredes. Tiraquell.late, lib. de primogen. q.4. Carolus de donatio.pag. 109.nu.41. Neuisa.consi.45.nu.10.cum seq.tradit Ioan.Saporta, lib.de colla.c.2.n.28.& 41.* Qua ratione necessario fatendum est in hac specie, cessare imputationem aliter filius nominatus, qui directo domino huiusmodi impensas est relicturus eorum ęstimationem præstabit fratribus ad suos hæredes transmissurus, quas ipse nequaquam suis est relicturus, quæ maxima foret inæqualitas. Quæ, vt euitetur illud Senatus arestum, commode defendi potest. 33

Caue

34 Caue † tamen, quia ex aduerso magnopere vrgent verba l. Regiæ, lib. 4. tit. 77. §. 32. ibi. *E isto se non entenderá em algũas despezas pequenas, nem algũas outras bemfeitorias, que o nomeante de necessidade per direito comũ, sem outra conuença das partes, nem condição posta no contrato emphyteutico, he theudo fazer.* Ecce notabilia verba, quibus legislator, quod supra dixerat, imputandas esse melioramentorum expensas, restringit ad expensas magnas, negans exiguas imputandas esse, & quas emphyteuta de iure communi tenebatur facere, citra vllam conuentionem cum domino directo factam. Vnde expensæ paruæ, & conuentæ non imputantur, quæ ad dominum pertinent. *Gama. q. 333. num. 4. vbi num. 3.* idem in aliis stante clausula, *libere & expedite reuertatur.* Quare a contrario sensu liquido probat imputãdas esse expensas, ad quas emphyteuta pacto, & conuentione se obligauit. Validum est enim in iure nostro hoc a sensu contrario argumentum, prout habetur *l. 1. ff. de offic. eius. c. cum apostolica, de his quæ fiunt a præla.* hæc profecto inductio a me facta ex l. Regia, totum nostrum perturbauit senatum, adeo vt modo huc, modo illuc impelleretur.

35 Cogitabam † sic posse huic legi responderi, respuendum necessario fore a contrario sensu argumentum, ne sequatur absurdum, & absona resolutio aduersus tot, tantaque iuris nostri principia, secundum ea quæ tradunt scribentes *in c. a nobis, in secundo, de sententia excommu. glo. in c. significasti, de foro compet. & in c. vno, de ætate, & quali. in 6. Iaso. in l. 1. ff. de offic. eius num. 36.*

Vel etiam aliter, & secundo, resp. prædicta l. Regiæ verba, non esse dispositiua, sed narratiua tantum, quocirca non potest ex illis deduci argumentum a sensu contrario, ex *Alex. & Iaf. d. l. 1. de offi. eius. Canonistæ in c. Apostolica, de his, quæ fiunt a præla.* sed non prorsus hæc diluunt argumentum suprascriptum, quia in specie non reperio lege aliqua, aut sanctione constitutum huiusmodi expensas conuentas imputandas non esse. Quocirca ex nostris Senatoribus non defuere, qui mutato consilio in melius arbitrarentur, etiam hæc conuenta melioramenta imputanda fore, aduertentes inæqualitatem in hoc casu cessare, quia hic frater nominatus, & si has impensas ad hæredes non transmittat, transmittit tamen ipsiusmet emphyteusis ius, & potestatem petendi renouationem, ex recepta sententia Bart. *in l. 1. §. permittitur. ff. de aqua quotidi. & æstiua.* de qua nos, *in tract. de renouat.* egimus.

36 Ego † sane priori sententiæ nihilominus adhærendum fore tenui, ex iuribus & rationibus, pro ea adductis, quibus commode non posse responderi mihi persuasi, nec quod de renouatione diximus in consideratione esse duximus, quia illa magis ab equitate, officioque iudicis, quam transmissa actione procedit, *vt nos in nostro tracta. de renouatio. emphyt. late disseruimus.* Tum etiam, quia repugnant d. l. Reg. verba, *in d. §. 32.* quatenus probant filium nominatum in tertiam personam, seu vltimam vitam, illius tantum æstimationem imputare debere, nulla prorsus commemoratione facta iuris petendæ renouationis, quod considerabile non esse lex illa satis innuit. Tum etiam quia d. melioramenta conuenta, sine dubio finita emphyteusi ad dominum directum pertinẽt, nec ad hæredes vltimæ vitæ transferuntur, vel aliter alienati possunt: Quare standum est regulæ *d. l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffic. testament.* quæ habet ea, quæ nequeunt vendi, nec ad hæredes transmitti, imputari non posse, cuius naturæ sunt hæc melioramenta conuenta, quæ pensionis soluendæ domino directo partem continent. *l. fundi partem. ff. de contrah. emt. tradit Pinellus, in l. 1. C. de rescind. vendit. numer. 10. fol. 97. & Valascus, de iure emphyteut. q. 25. num. 7.* Solet enim propter huiusmodi meliorationes iniunctas, soluenda pensio minui, quare finita emphyteusi harum conuentarum meliorationum dominus directus nullam æstimationem præstat.

Quid † igitur dicendum? quis verus sensus d. l. Regiæ, ex diametro pugnantis? Quantum ego iudicare possum longe diuersum sensum d. l. Regiæ verba habent, secundum quem suprascriptis minime nocent, licet illa vtiliter explicent, & declarent, quod vt manifestum fiat, adnotandum est, quod d. l. Reg. *in §. 32. in princ.* statuit, melioramenta (de quibus agimus) imputanda esse, quia (vt iam diximus) vendi possunt, & ad hæredes transmitti, ex regula *d. l. omnimodo. §. imputari.* quod legislator ibidem, versic. *E isto se non entenderá*, intellexit, limitandum in expensis paruis, & sine vlla pactione factis: Vnde per argumentum a contrario sensu probat, quod expensæ factæ ex pacto inito cum domino directo, imputari debent, arbitrio scilicet boni viri, habito respectu ad interusurium, commodum, & vtilitatem, quam filius nominatus pro tempore duraturæ emphyteusis est assecuturus. 37

Est enim illud interusurium considerabile, *vt tradit Barba. in cap. 2. de commodato col. 2. versi.* & dixit Barto. resoluens, gabellam esse soluendam, ex interusurio rei commodatæ stante statuto, quod de omni lucro illa soluatur. *Iaso. in l. cum quis. C. de iuris, & facti igno. num. 19.* hoc idem probat in debitore soluente debitum ante tempus præfinitum, firmans, quod potest petere, & exigere interusurium illius temporis. Consonat Soarez, *allegatione. 25. versic. ex quibus. & Costa in cap. si pater, de testament. in 6. pag. 90. num. 22. cum sequent.* vbi notabiliter cum communi resoluit, quod licet ex legato relicto vxori non sit deducenda Falcidia, quia cum dote soluenda compensatur, *secundum adnotata in l. cum dotem. ff. ad leg. Falcid.* tamen, quia dos est soluenda annua bima trima die potest, & debet, ex interusurio anticipati temporis falcidia deduci, quoniam legatum statim cedit a morte defuncti, *vt ibi per eum*, secundum quem sensum, & moderamen vtique omnis fraus, & inæqualitas inter filios cessat, tam ex parte nominati, quam aliorum, in quorum fauorem fit imputatio, d. interusurii, quo ex substantia parentis frui nominatum filium inconfesso est. quare imputari debet, ex regula. *l. vt liberis. C. de collatio.*

Nec † mouet, quod diximus, hæc ex pacto facta melioramenta, pensionis partem continere. *l. fundi partem. ff. de contrah. emtio.* vt considerauit Pinellus *in l. 2. C. de rescind. vendit. 3. par. num. 10.* Quapropter pẽsiones a patre pro tempore suo solutas, quemadmodum nominatus filius imputare non tenetur, quia ex fructibus quos ille lucrifecit, persoluisse videtur: ita etiam videtur non posse 38

obligari hasce expensas imputare, quia quod dicitur de dote dicendum est de parte, vti nostri Senatores intelligebant, asserentes, nec internsurium imputari posse, quia istæ expensæ pensionis partem contienent, & necessario eodem iure, quo & ipsa pensio, quæ propterea minui solet, censeri debent. Quibus ego cum aduocatus essem respondi, plurimum hac in re differre pensionum, & expensarum caussam, & rationem, quoniam decursas pensiones a parente solutas dominus suas facit, absque aliqua filii nominati vtilitate, & commodo, quod in expensis deficit, quarum interusurium filius cõsequitur, non dominus. Quocirca, quia id ex patrimonio, & substantia parentis prouenit, imputari debet, quod ita post longum tractatum, & disputationem nostri Senatus censuit.

39 Id † vnum etiam prætermittendum non est, ad d.l. Regiæ sensum, & interpretationem maxime necessarium, inquit d.l. Regia, *in §.32.tit.77.* expensas paruas imputandas non esse, nec alias insuper, quas parens secũdum iuris communis dispositionẽ, absq; vlla initi pacti cum domino directo conuentione facere tenebatur dubitant pragmatici nostri sæpissime, quæ sint istæ expensæ paruæ, quæue necessariç ab onere imputationis exemtæ?

Pro cuius hæsitationis decisione in primis aduertendum est, quod emphyteutici contractus ea natura est, vt rem possidens emphyteuticam meliorem reddat, secundum quod habetur *in auth. qui rem. C. de sacrosanct. eccles. & in l. fin.* ibi, *meliorationes, C. de iure emphyteutico, & in c. potuit, de locato,* ibi, *meliorationes, & ius sibi competens.* Quare qui deteriorẽ rem facit, iure priuatur emphyteutico, *vt in d. auth. qui rem,* omnes tradũt. Indignus est enim concessione, qui illa abutitur, *vt habetur in l. auxilium. 38. ff. de minor. in fine,* ibi, *Non est ætatis excusatio aduersus præcepta legum ei, qui dum leges inuocat, contra eas committit.* traditur *in c. fin. de immunit. ecclesiarum.* Qua ratione indignus factus est re emphyteutica ille, qui contra naturam contractus emphyteutici rem ipsam perdere, & deteriorem facere non dubitat, quod recte videtur agnouisse gloss. *in auth. de non alienan. colla. 2. §. scire autem.* vbi emphyteusim a verbo *emponemate* deriuari ait, quæ dictio Græca est, idem, quod melioratio apud nos importans: Vnde contractus emphyteuticus, nihil est aliud, quam contractus meliorationis, seu ad meliorãdum celebratus. Quod etiam voluit glo. *in §. adeo. Instit. locati. Bald. in rubric. num. 3. C. de iure emphyt. Alexan. consil. 117. num. 12. in fine, lib. 4. Valascus lib. de iure emphyt. q. 2. num. 2.* cui adde Fulgos. *cons. 9. ad finẽ, & Cremen. in l. 2. C. de rescind. vendit. n. 35. & Calepinum, verbo, emphyteusis.*

Non me tamen fallit non deesse, qui aliter hanc rem declarent, intelligentes *emphyteusim* plãtationem significare, quasi *plantare*, & germina ponere emphyteuta debeat, quæ fuit sententia, & Alciati expositio, *lib. 1. parergon. c. 36. Corrasii in l. ei qui nu. 20. ff. de seruitu. & in lib. 1. miscella. c. 21. num. 1. Antonij Nebri. in lexico. iuris, verbo, emphyteusis Valasci, de iure emphyt. q. 2. nu. 3.* qui alios refert hoc idem probantes; vtramuis teneas expositionem, sine dubio fateberis, ad meliorandam rem emphyteuticam, omnino emphyteutam teneri.

40 Quamobrem † ad modica melioramenta ex natura contractus emphyteutam teneri in confesso est: quæ ñorta emphyteusi penes dominum directum sunt mansura, vt in specie probat l. Reg. *lib. 4. tit. 77. §. 32.* ibi, *despesas pequenas,* quod & sendistæ probãt in *c. 1. §. sed vassallus. titulo hic finitur lex.* Et ex Pauli responso *in l. omnino. 12. ff. de impen. in rebus dota. fa.* facile comprobatur; vbi modicas expensas a marito in rebus dotalibus factas non esse considerandas docet, ibi, *in ædificandis ædibus, & imponendis propagandisq; vineis, & in valetudine mancipiorum, modicas expensas non debet arbiter curare.* De minimis enim vulgo dicitur non curat prætor. *l. Scio. de in integr. restitutione.* Quare quod in marito eo loco I.C. ait, repetere expensas paruas non posse, multo magis in emphyteuta obseruandum est.

Scimus enim quod maritus rei dotalis fructus dumtaxat facit suos pro oneribus matrimonii leuandis, & consequenter in vxoris commodum, & vtilitatem, & nihilominus has non reperit expensas, quemadmodum nec quisq; alius vsufructuarius, vt Celsi responso docemur *in l. hactenus. 8. ff. de vsufruct. & quemadmodum quis vtatur,* vbi postquam statuit vetustate collapsa ædificia reficere vsufructuarium non teneri, subdit, *modica igitur refectio ad eum pertinet:* Quare idem in emphyteuta respondendum, necessario est, qui plus iuris habet, quam vsufructuarius, *vt nos iam supra suo loco adnotauimus.*

Harum † modicarum expẽsarum exempla deduci facile possunt, ex notabili Papiniani responso *in l. diuortio. 8. §. fin. ff. solut. mat.* vbi marito repetitionem expensarum, fructuum percipiendorum caussa, factarum negat, & quod in arando, seminandoq; agro impensum fuit: quodve in tutelam, & refectionem ædificiorum, aut curandum seruum consumptum fuit, si modo illius anni integros fructus maritus percepit. Verum enimuero si maritus nouam villam necessariam extruxerit, vel antiquam, sine culpa sua collapsam refecerit, concedenda est huius expensæ repetitio: quod idem I.C. dicit obseruandum, si pastina instituit, aut quas alias similes expensas necessarias, aut vtiles fecit: conuenit & Vlpiani responsum in *l. 1. ff. de impensis in rebus dotali. factis,* vbi similiter inter has necessarias expensas connumerat moles in mare, vel flumen proiectas, pistrinum etiam, & horreum necessarium, ruentis ædificii refectionem, oliuetorum disiectorum instaurationem, quas omnes inter necessarias expensas Iureconsultus ponit, & quasdam alias his similes, quales sunt, quæ in valetudinem serui fiunt, in vites etiam, & arbores propagandas, vel seminaria pro agri vtilitate facta, *vt ibidem in l. 2. & 3.* habetur, quas omnes expensas retinere maritus potest. Minuunt enim hæc dotem, vt ibidem *in l. quod dicitur. 5.* Vlpianus ait. 41

Antequam † igitur ad horum iurium declarationem procedamus, nonnulla verba, quæ in illis obscura nimis censeri consueuerunt, explicare libuit. Et *in dict. leg. 1.* ex Labeonis sententia Vlpianus ait, *moles in mare, vel flumen proiectas, inter has expensas necessarias connumerari,* quem locum sic esse legendum, ex Liuii auctoritate defendit Corta, *in suis memor. verbo, moles.* licet nonnulli legendum metas arbitrentur. Et enim moles significat in mari constructum opus, ad instar ag- 42

gerura

gerum ad dinertendas maris, aur fluminis aquas, ne ædificia nostra euertant, quæ prope, vel in flumine habemus. Quæ interpretatio in his Regius vtilis admodum est in praxi, propter molas trusatiles, quas in fluminibus habemus, quibus ne aquarum impetus noceat, solemus illarũ partem quibusdam septis lapideis intercludere, pro mouenda molẽdini rota. Etsi alii intelligant molis appellatione cõtineri, inferiorem partem molæ secundum quem etiam sensum vtilis est illius text. dispositio.

43 In † lege vero 3. Iureconsultus de feminariis mentionem facit, quæ dictio nihil aliud quam *viuarium* vulgo dictum, significat. Ait enim Colum. *lib. 3.* qui vineam, vel arbustam constituere voluerit, seminatium prius facere debet, vt seiat euius generis vites positurus sit, secundum quem sensum est intelligendus I.C. *in d. l. 3. & in l. 3. §. quod si quis. ff. arborum furtim cæsarum. rursus & in l. item si fundi. §. seminarios. ff. de vsufruct. Cotta, verbo, seminarium. col. 455.* quo argumento recte quidẽ collegia p ieterorum ediscentium Tridentini constitutio, seminaria appellat.

44 Vltimo † *in d. l. diuortio. 8. §. fin. ff. solut. matrim.* inter necessarias expensas I.C. ponit pastinum: cuius dictionis vim Aleiat. *in l. impensa. 78. ff. de verbor. signif.* explicans dicit, quod est quodam instrumẽtum ferreum bifurcatum, quo vineæ exarati consueuerant, vt Colum. docet, *lib. 3 cap. 18.* secundum quem sensum, illud instrumentum inter necessarias expensas connumerari non potest, imo nec inter vtiles, sed magis inter eas, quæ gratia colligendorum fructuum parantur. & fiunt, vt agnouit Duare. *in d. l. diuortio. § fin. ad finem.* Quocirca difficultatem habet ille iurisconsulti locus, nisi dixeris. supplendum esse per *d. l. expensa. 78. ff. de verborum significat.* vt sic loquatur, quando vinea est diligenter admodum exculta: quo casu vtilis expensa est: a quo quidem sensu minime differt Palladius, *in addi. d. § fin. l. diuortio citatus.* exponens pastinum, pro terra pastinatione renouata a verbo *pastinare* dictum, quod nihil aliud significat, quam agrum fodere, teste Colum. *lib. 3. cap. 13.* ibi, *In terram hanc bene pastinatam, & stercoratam rectum sarmentum defigito.* Quare repastinare vineas, dicebant veteres eum, a quo illæ refudiebantur. Quocirca quandoque repastinatio pro renouatione capitur, secũdum quem sensum intellectus *d. § fin.* vtilis erit in praxi, si vineam fere mortuam, & extinctam emphyteuta repastinauit.

45 Modo † videamus qualiter conueniant iura supra citata, quæ sibi inuicem repugnare videntur. In d. enim *l. diuortio. §. fin. ff. solut. matrimo.* I.C. probat, expensas factas in domus refectione, curandoque seruo rutali soluendas non esse, quamuis & hæ necessariæ sint, secundum quod habetur *in l. 1. ff. de impensis in rebus dotalibus factis:* quæ quidem expensæ soluendæ sunt, vt ibidem. *& in ll. sequent.* I.C. docet, maxime *in l. 2.* vbi Iurisconsultus continuans scripta *in l. 1.* respondet. etiam impensas in serui curam, ne pereat, repeti posse, quod quidem ex diametro cum *d. §. fin.* pugnat, quam difficultatem agnoscens Bart. *in d. § fin. nu. 1.* & Paulus respondent, *d. l. diuortio. §. fin.* procedere in expensis paruis. d. vero *l. 2. in magnis.* sequitur ibidem Alexan. *num. 2.* & videtur de hoc esse bonus casus *in l. pen. illo titu. de impensis, in rebus dota. factis.* ibi, *modica ædificiorum refectio.* Camp. *de dott. 2. par. quæst. 44.* conducit etiam text. *in l. in rebus, 18. § possunt. ff. commodati,* ibi, *Sed & id, quod de impensis, aut valetudinis, aut fuga diximus, ad maiores impensas pertinere debet. Modica enim impendia verius est, vt sicut cibariorum, ad eundem pertineant.* Iuuat & text. *in l. omnino. 12. ff. de impen. in rebus dota. factis.* dum dicit, quod de mõdicis impensis non debet arbiter curare.

Quod † intelligendum est, etiamsi illæ paruæ 46 expensæ adhuc extant, nec adhuc consumptæ sunt, *vt adnotauit Pinellus, in l. 1. C. de bonis mat. 2. par. num. 70. ad fin.* Quamuis Alexand. *in d. §. fi. l. diuortio. num. 3. versic. secundum prædicta,* voluerit omnem expensam necessariam, etiam minime repeti ab expendente posse: quia eo ipso quod impensæ extant, nec adhuc consumptæ sunt, magnæ repetuntur. *sequitur Iason. in l. 1. num. 25. C. de iure emphyt. Ruinus lib. 3. consil. 135. num. 5. & Loriotus, lib. de fructibus. axiomat. 11.* Quæ maxima profecto est inter hos auctores contrarietas, quam ego sic conciliandam esse intelligo, vt Alexand. sententia. & auctoritas procedat in colono, & similibus, qui non tenentur etiam modicum expendere, *iuxta l. dominus. 57. §. 1. ff. locati. Bald. in consil. 116. nu. 4. lib. 1.* quo casu, sine dubio expẽsam factam, etiam modicam repetere ille potest extantem tamen. Contraria vero sententia in emphyteuta procedat, qui expendere saltem modice tenetur, quod idem in marito obseruandum est, & vsufructuario, qui similiter tenentur modicum expendere, *vt pag. præced. a inotauimus.*

Ex † his igitur plane colligitur in hac materia 47 notanda resolutio, quod modica expensa illa dicitur, quæ iam est consumpta, magna vero, quæ adhuc extat, si modo ab eo facta sit, qui expendere non tenebatur, regulariter autem quæ modica sit expensa iudicis arbitrio relinquitur. *gloss. verbo, pertinere in l. hactenus. ff. de vsufruct. Molina, lib. 1. Maio. c. 27. num. 6.*

Quibus † adde, magnam hac in re constituen- 48 dam esse differentiam, inter expẽsas factas ad perpetuã rei vtilitatem, & temporalem, vt Iurecons. Vlpiano placuit *in l. 3. ff. de impensis in rebus dota. fact.* ibi dum dixit, *Nos generaliter definimus multum interesse inter perpetuam vtilitatem agri, vel ad eam, quæ non ad præsentis temporis fructum pertineat, an vero ad præsentis anni fructum.* Quare ab Alex. *in d. l. diuortio. §. fi. ff. solut. matr. num. 3.* cauendum est, resoluente modicam impensam semper esse cẽsendam illam, quæ non respicit perpetuam rei vtilitatem, & si quoad consumptum modicæ non sit quantitatis, sequitur Ruinus, *cons. 14. num. 3. lib. 1.* a quibus cum iudicio recessit Pinellus *in l. 1. C. de bonis ma. 2. par. nu. 70. versic. ex quibus. & Moli. lib. 1. Maiorat. q. 27. num. 6. versi. nec verum.*

Distinguendum † itaque est, inter expensas fa- 49 ctas ratione fructuum colligendorum, quæ consistunt in arando, & seminando, secundum quod Paulus adnotauit *in d. l. diuortio. § fin. num. 1. & Iaso. in princip. Vincen. numer. 2. & alios omnes,* quæ quidem expensæ, quæ temporales sunt, repeti non possunt.

Perpetuam † vero rei vtilitatem concernentes 50 repeti possunt, *Iaso. in d. l. diuortio. §. 1. ff. solut. mat. n. 2.* Circa quod tñ aduertendũ est, quia I.C. *in d. l. 3. ff. de*

impen. in rebus dota fa. docere plane videtur, eas tantum expensas dici posse gratia colligẽdorum fructuum factas, quæ per annum sunt, & non vltra duraturæ: oppositum intelligens obseruandum, si pluribus annis possunt seruire, & agro prodesse, vt ex illis verbis colligitur. *An vero ad præsentis anni fructum*, & ibi, *si vero non fuit ad præsens tantum apta erogatio necessariis impensis esse pensandum.* Quibus vtique verbis illa resolutio probata videtur. Cui ego tamen vix quidem adhærere possum, intelligens, quod vbi colonus, qui pro nouem annis, aut pluribus agrum conduxit, instrumenta rustica, si pro toto tempore conductionis comparauit, non minus dicitur comparasse gratia fructuum colligendorum, quam colonus ille, qui pro vno tantum anno conduxit. *Bart. in l. impensa, in fine ff. de impen. in rebus dota. Paul. in l. domos, num. 5. ff. de leg. 1. Iaso. in l. 2. num. 27. C. de iure emphyteut. Boer. quæst. 44. num. 13. Gomez. in 2. tomo c. 3. num.* 10. ex quorum auctoritate si sic cõparata instrumenta, & factæ expensæ, finita locatione seruire agro, & prodesse possunt, vtiq; boni viri arbitratu soluendæ sunt expendenti, *ex his, quæ scripsit Paulus in l. fructus num. 3. ff. solut. matr. & ibi Vincen. num. 6.* resoluenter, quod in casu illius text. impensæ a marito factæ, gratia colligendorum fructuum, deducendæ sunt, si maritus per totum annum non vixit. Non est enim rationi consonans, quod ego expendam, & tu integros fructus facias tuos, & cum mea iactura ditior factus euadas, ex quibus inferas iusta ratione defendi posse huius prouinciæ vsum & praxim, secundum quam colonus finito locationis tempore repetit expensas factas, pro stercorando agro.

51 Diximus † supra. *q. ista. num. 34.* quod melioramenta conuenta, & quæ in ipso cõtractu emphyteutico fuerunt emphyteutæ iniuncta, finita emphyteusi ad dominum directũ pertinere, & propterea solum interusurium esse imputãdum non melioramentorum æstimationem, *vt supra. nu. 37.* resoluimus, quæ vtilis est profecto resolutio, stante præsertim in concessione, clausula illa vsu recepta, & apponi solita, quod finita concessione res ad dominum directum reuertatur libera, & expedita cum omnibus suis melioramentis, per quam domini directi contendunt sua omnia melioramẽta esse libera, & exempta ab omni satisfactione. Statutũ est enim pacta in concessione emphyteutica inita, & apposita ad vnguem obseruanda esse, *l. 1. C. de iure emphyteutico.* Quare Bart. *in l. iubemus. 2. C. de sacrosanct. eccles. §. sane,* nominatim dictã clausulam, quod res libere reuertatur ad dominũ directum, cum suis melioramentis, resoluit obseruandam esse, *sequitur Iaso. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 28. & Afflict. in c. 1. §. si vasallus, num. 12. in titu. hic finitur lex.* Quorum auctoritate eam sententiam Pinellus probat *in l. 2. par. 2. C. de rescin. vend. c. 3. num. 10. fol. 97. & Ripa, lib. de peste. § de remediis præserua. num. 260. ad fi. Ferrar. in sua praxi fol. 133. col. 1. ad finem. Prepo. in d. § si vasallus, num. 2. & Menoch. lib. de recuperan. posse. remedio. 15. num. 504. Gamma. quæst 333. nu. 3.* Non tamen illa clausula impedit renouationis æquitatem, *vt late tractauimus, in nostro commentario de renouatione emphyteutica.*

52 Supra † scriptis addo, vidisse me aliquãdo grauissimos viros, & nostri ordinis Senatores hæsitantes, an id quod diximus (imputandam esse emphyteusim, quando pater ita nominauit, vt illa statim filius fruatur, & obtineat,) locum habeat, quando parens tertia forte vita, seu persona in manibus domini directi emphyteusim renunciauit, quo illam filio, aut filiæ de nouo concederet, in tertiam, nempe generationem? quæ frequẽs est profecto quæstio, & in foro continua, & quampluries in praxi vidimus, in hoc supremo Senatu, cuius arestis, & decretis, si adhærendum est, extra omnem controuersiam quæstio est. Habent pro indubitato Senatores quidam, imputandam in hoc casu emphyteusim esse, per l. Reg. *lib. 4. titu. 77. §. 23.* sub cuius verbis, & decisione hanc speciem contineri grauissimi illi nostri ordinis viri intelligunt, attendentes paria omnino esse, filium directe a patre nominari, dominumque emphyteusis statim fieri, vel per indirectum in manibus domini renunciatione facta, vt ille de nouo, filio emphyteusim concedat. Vtroque enim casu vere & realiter a patre filius emphyteusim consequitur: & vsumfructum, quem pater viuens potuit retinere. Imo & melioramenta si quæ parens habebat: quæ est ratio imputationis inducendæ, *vt iam supra probauimus.* Ergo eadem necessario debet esse iuris dispositio, secundum vulgatas iuris nostri traditiones, aliter facili quidem negotio fraus d. l. Reg *§. 32. tit. 77.* fieri poterit, si per viam renunciationis in manibus domini factam imputatio impediatur, in non exiguum filiorum præiudicium, & incommodum, quod absurdum quidem foret, & ab omni æquitate, & ciuili ratione alienum.

Ego † solitus sum hanc decisionem comprobare, ex auctoritate Imperatoris *in l. penult. versi. ne quod vxor. C. de inoffic. donatio.* vbi Imperator notabiliter sanxit, donata ab vxore filio communi, de consensu mariti magis a patre consentiẽte, quam a matre donante procedere, quamuis eadem pater ipse iam vxori donauerit. Vnde illa regula ad propositum nostrum notabilis deducitur, quod quoties actus a duobus pendet, illi potius est imputandus, cuius magis interest, quod manifeste ex verbis *d. l. penultim.* deducitur, ibi, *Nam quod vxor a marito in se matrimonij tempore, donationis caussa collatum emancipato filio, communi consentiente domino donauit, velut ex bonis patris, (de cuius substantia prohibente matrimonio non potuit exire) datum accipi rationis est.* Sic ergo, in casu proposito respondendum est, a patre renunciante, non a domino filium emphyteusim habere, siquidẽ certi iuris est partem principalem, in eo negocio patrem esse, citra cuius cõsensum, & renunciationem, sola domini concessio filio prodesse non poterat, nec patri nocere: quemadmodum nec in casu *d. l. pen.* sola mater potuit sibi a marito donata in filium transferre. Qua ratione patris consensus in vtraque specie præualere debet, vt ab eo profecta donatio videatur, & consequenter imputanda sit. Quod mihi in specie probare videtur tex. *in c. vnico, in fine de vasallo decrep. ætatis.* vbi vasallus senex feudum antiquum, & paternum in manibus domini renunciauit, vt filium suum de nouo inuestiret, quo filio postea, sine sobole decedente dominus feudum, ad se reuersum contendebat, agnatus negabat firmans, non obstante noua inuestitura paternum, & antiquum esse, & eo circa suum esse. idque magis obtinuit, & Imperatori placuit *tradunt scribentes ibi. &* 53

Alex.

Alex. lib. 2. consi. 5. Bart. in l. quod dicitur, num. 9. ff. de impen. in rebus dota. Zasius, lib. feudorum, fol. 180. num. 4. Nec mouere quempiam debet dispositio l. Regiæ *lib. 4. titu. 77. §. 10.* Loquitur enim ea lex, in renunciatione facta in manibus Regis, quæ specialem habet prærogatiuam, vt iam supra resoluimus.

Idem dicas, si pater tertia vita emphyteusim renouari obtinuit, quia filius nominatus debet precium, quo illa emta fuit, & melioramenta cōferre, *vt tradit Gamma illustris sacri palatij Senator. q. 229. num. 2. & 3.*

54 Id † vnum vltimo adnotandum est, supra scripta solum procedere, quando pater emphyteusim remisit in fauorem filii, vt filio de nouo concederetur, non sic quando ille simpliciter illam renunciauit, & dominus omni fraude, & simulatione cessante, filio de nouo concessit. Cessant enim omnia supra scripta, vt in specie voluit Affl. *in cap. 1. §. 1. de success. feudi. ante num. 38.* & in hoc casu potest procedere, & admitti Regium arestum, cuius meminit Gamma. *quæst. 229. col. penult. versic. his non obstantibus.* Quod item obseruandum est reuersa per commissum ad dominum emphyteusi, *vt nos alibi adnotauimus, & tradit Zasius, sup. proxime citatus. num. 6. Gozadi. consi. 46. num. 17. Corne. lib. 1. consi. 16. lit. q. Valascus, de iure emphyt. quæst. 42. num. 3. Gregor. Lopez. in l. 6. titu. 11. Par. 6. verbo, que la no pu diesse vender. col. 2. post medi. versi. ex hoc.* Modo iam ad materiam. §. 4. transeamus.

SVMMARIA.

1 *Ascendentes ab intestato succedentes, emphyteusim consequuntur.*
2 *Ampliatur in emphyteusi ecclesiastica.*
3 *Inter ascendentes est obseruanda gradus, & sexus prærogatiua.*
4 *Descendentes excludunt ascendentes.*
Etiam fœminæ excludunt ascendentes.
5 *Filius naturalis excludit ascendentes.*
6 *Naturalis capit emphyteusim, in defectum legitimorum.*
7 *Etiam fœmina excludit naturalem filium.*
8 *Concessio generalis, pro eo, qui nominabitur, includit etiam filium naturalem.*
9 *Concessio facta, pro filiis, non includit naturales.*
10 *Concessio, pro filiis, non includit filias.*
11 *In contrarium, imo quod naturalis filius est audiendus.*
12 *Pro prima opinione, quod naturalis non includatur in concessione, pro filiis.*
13 *Filiorum appellatione, non continentur nepotes in contractibus.*
14 *Appellatione filiorum non continentur naturales, in materia statutaria, quæ est stricti iuris.*
15 *Concubinatus, est reprobatus hodie, de iure ciuili.*
16 *Secundum voluntatem disponentis excluditur, & admittitur naturalis filius.*
17 *Naturalis, qui extabat, natus tempore concessionis, emphyteusim capit, pro filiis concessam.*
18 *Naturalis succedit, quando a principio emphyteusis fuit concessa naturali.*
19 *Emphyteusis concessa fœmina, & pro eius descendentibus masculis, transit ad masculos ex fœmina.*
20 *Fallit, quando naturalis ex aliqua caussa particulari fuit institutus, quia tunc alij naturales, in quibus illa caussa cessat, non succedunt.*
21 *Concessio facta a naturali, non excludit naturales.*
Concessio facta a fœmina, includit fœminas.
22 *Naturalis capit emphyteusim, si nominatim est vocatus.*
23 *Spurius per pupillarem substitutionem, capit bona paterna.*
24 *Si pater emphyteusim emit, bastardus nominari non potest, licet alias, possit.*
25 *Emtam emphyteusim, pater libere in præiudicium filiorum potest vendere.*
26 *Concessio generalis, pro eo, qui nominabitur, includit naturales filios.*
27 *Concessio, pro eo, quem emphyteuta voluerit, nominare, includit bastardum.*
28 *Emphyteusis ecclesiastica, concessa pro eo, qui nominabitur, ad naturales non transit.*
29 *Concessio pro filiis, non prodest bastardis.*
30 *Generalis facultas nominandi, non includit odiosos.*
31 *Resolutio, quod naturalis filius non consequitur emphyteusim ecclesiasticam.*
32 *Dignitas concedentis, excludit naturales filios.*
33 *Naturalis, non excludit substitutum.*
34 *Castitas nobilitati propria, & genuina.*
Interpret. Ordin. Regia, lib. 4. tit. 71.
35 *Nepos legitimus ex filio naturali, emphyteusim ecclesiasticam non capit.*
36 *Bastardi liberi, quare institui prohibeantur.*
37 *Fœmina si excluditur, & masculus ex ea.*
38 *Nepos legitimus institui hæres ab auo recte potest, licet, eius pater non possit.*
39 *Nepos spurij propria contemplatione, potest hæres institui.*
40 *Emphyteusis vsufructum pater non habet, & propterea nepos nominari recte potest.*
41 *Interpretata l. fin. C. de naturalib. liberis.*
42 *Argumentum a filiis Adami dissoluitur.*
43 *Vbi filio spurio nihil potest acquiri, ibi ex eo nepos institui potest.*
44 *Nepos propria non patris contemplatione videtur hæres factus.*
45 *Filius capit vsumfructum, secundum patris voluntatem, eo ipso quod ille nepotem scripsit hæredem.*
46 *Potest testator negare vsumfructum patris acquiri.*
47 *Filius spurius caret, nepotis legitimi vsufructu, bonorum ab auo prouenientium.*
48 *Resolutio, quod nepos legitimus, potest nominari ad emphyteusim ecclesiasticam, licet pater non possit.*
49 *Fallit tamen in nepote legitimo ex filio incestuoso.*
50 *Incestuosus dicitur natus ex sanguine coniunctis, in gradu prohibito.*
51 *Filius sacerdotis est incestuosus.*
52 *Filij clericorum sunt adulterini.*
53 *Naturales sunt, quia sacerdos simplicem committit fornicationem.*
54 *Nepos legitimus ex filia spuria nominari recte potest, quia & institui.*
55 *Vxor filij spurij potest hæres institui, & ad emphyteusim nominari.*
56 *Cautela, pro instituendo spurio, quod eius instituatur vxor, seu socius omnium bonorum.*
Quandoque per alium acquirere possumus, quod per nosmetipsos non possumus, & nu. 58.
Episcopus, competens aduersus testamentarium executorem, non adimplentem legata non pia.

57 *Socius demeritus aliquando propter bene meritum excusatur.*

58 *Pater potest nurum suam ex legitimo matrimonio natam instituere, ac nominare ad emphyteusim ecclesiasticam quamuis, eius maritus spurius sit.*

59 *Suspecta est dicta cantela, propter fraudem qua vitari non potest.*

Bona communicantur inter virum, & vxorem ipso iure.

60 *Gener qui filiam spuriam duxit, nominari potest ad emphyteusim.*

61 *Bastardus filius concedentis emphyteusim, non potest nominari.*

62 *Bastardus potest nominari, quando data est potestas nominandi, quem voluerit.*

Bastardus filius nominantis, nominari potest, dummodo non sit domino odiosus, quemadmodum est ecclesia.

63 *Filius illegitimus concedentis nominari non potest ab eo, qui a domino directo nominandi facultatem habet.*

64 *Liberam eligendi potestatem, qui habet, potest incapacem, & sic bastardum nominare ad emphyteusim.*

65 *Nominatus spurius excludit legitimos, non ab intestato.*

66 *Concessio, pro filiis, bastardos excludit.*

Dignitas concedentis, excludit naturales.

Conditio concedentis, includit bastardos, si ille quoque bastardus erat.

67 *Concessio a fœmina facta, fœminas quoque includit, quæ alias excluderentur.*

68 *Emphyteusim ecclesiasticam consequitur bastardus, quando illam concessit illegitimus, sed contra verius.*

69 *A principio spurio potest ecclesia emphyteusim dare, & consequenter cum clausula, quod bastardus nominetur.*

70 *Incapacitatis debet mentio fieri in emphyteutica concessione.*

71 *De nullitate agit eius successor prælatus, qui spurio concessit.*

72 *Imo & ipse qui alienauit vindicat.*

73 *Locatio etiam nulliter facta obseruanda est ab eo, qui locauit.*

74 *Passalia ecclesiarum, qui alienauit, potest vindicare.*

75 *Emphyteusis concessa spurio, an saltem teneat, in secūda, aut tertia vita.*

76 *Incapacitas patris non nocet filio.*

77 *Concessio facta spurio, irrita ipso iure non est.*

78 *Superueniens scientia domini, cum pensionis perceptione sufficit.*

79 *Spurius præscribere potest.*

80 *Emphyteusis pro marito, & vxore concessa, plures cōtinet concessiones, non vnam tantum.*

81 *Concessio in quartam generationem, tenet in tertia.*

82 *Emphyteusis a patre stipulata, ab eo videtur procedere.*

Emphyteusim filius mortis caussa capit.

83 *Concessa emphyteusis marito, & vxori vtriq; pro parte virili acquiritur.*

84 *Emphyteusis pro marito, & vxore concessa, est vtriq; in solidum data.*

85 *Mariti pars deficiens accrescit vxori.*

86 *Pars deficiens a principio, propter capientis incapacitatem, socio applicatur.*

QVÆSTIO XIX.

PRopositæ materiæ suscepta disceptatio, nos hortatur, vt reliqua capita Ordinatio. Regiæ prosequamur. Offert se igitur interpretandus. §. 4. cuius cognitio, non minus frequens, & vtilis est, in foro, quam ea, quæ in præcedentibus quæstionibus disseruimus. Audiamus ergo legislatorem.

¶ *E todo esto que dito auemos nos filhos, & netos, que saõ de linha descendēte, auera' lugar, & se guardara' nos da linha ascendente, cõuem saber, padre, madre, & auoos, nõ auēdo hi nenhum da linha descendente, ca em quanto hi ouuer algum descendente, nõ auera' o dito foro ascendente: & não auendo hi descendēte lidimo per morte do dito foreiro, posto que aja ascendente lidimo, aja esse foro o seu filho natural, se o tiuer, ainda que seu padre fosse caualeiro, ou acõtiado em caualo. E o filho spurio nõ podera' auer o dito foro, saluo sendo legitimado por nos, em tal forma, que possa soceder ab intestado, & não doutra guisa.*

Quod autem diximus in filiis & nepotibus, qui sunt ex linea descendente, habebit locum, & obseruabitur etiam in linea ascendente, veluti patre, matre & auis, non exsistente aliquo ex linea descendente: quoniam quandiu exstiterit aliquis descendens, non obtinebit emphyteusim ascendens: Non exsistente autem legitimo descendente per mortem dicti emphyteutæ, quamuis adsit ascendens legitimus, habeat emphyteusim eius naturalis filius superstes, quamuis eius pater foret eques, aut equestri militiæ adscriptus. Filius vero spurius non poterit habere prædictam emphyteusim, nisi per regē fuerit legitimatus, seu natalibus restitutus sub ea forma, quod possit ab intestato succedere, non alio modo.

Hęc † est notabilis ampliatio, ad §. 3. supra proximum, vt non modo procedat in descendentibus ab intestato succedentibus, sed etiam in ascēdentibus, qui similiter ab intestato succedentes suis descendentibus, emphyteusim obtinebunt, ad instar, & similitudinem eorundem descēdentium, vt constat ibi, *Se guardara' nos da linha ascendēte.* Eadem est enim propemodum vtriusque lineæ, & æqualis successio, quæ non minus ascendentibus hodie, quam descendentibus defertur, *secundum ea quæ habentur in l. nam & si parētibus. C. de in offic. testam. & in l. fin. C. quor. bono.* ibi, *& lex ipsa natura successores eos facit.* Quæ verba commendant, ibi Bald. Aug. & alii Dd. communiter ad hoc, quod etiam de iure naturali defertur parentibus filiorum successio, ad instar & similitudinem liberorum, quibus illa iure naturali debetur. *l. cum ratio. ff. de bonis damna. l. scripto, versi. finali. ff. vnde lib. & videtur esse casus, in c. si pater, de testam. in 6.* ibi, *licet autem filius testamēto suo matrem portione iure natura debita priuare non possit:* & ibi notant Dd. & tradit Gomez. *in epitome, de testam. cap. 4. num. 7. & in l. 6. Tauri, post nu. 4. Bereng. in l. in quartam. ff. ad leg. Falcid. cap. 1. a nu. 669.* Quæ & si controuersa sententia sit, quatenus iuri naturali tribuit parentum successionem, tamē secundum magis communem Dd. opinionem, iuri tantum ciuili adscribēda est, vt constat ex Berenga. & Gomez. *in d. locis, ex Couarr. de testam. fol. 175. verso. Costa in d. c. si pater. pag. 559. col. 2. & num. 41.* Ceterum quoad casum quem tractamus parum refert, iure ciuili, vel naturali ascendentibus successionem deferri. Sufficit enim eam efficatiori iure & ratione, quā collateralibus debitam censeri, quemadmodum in d. locis nostri interpretes fatentur, & verum est, siquidem parentes ipsi collaterales a descenden-

tium

tium ſucceſſione ſubmouent, nec ſine iuſta cauſſa exhætedari valent, quod in collateralibus non obtinet, eaque ratione paſſim aſcendentium, & deſcendentium ſucceſſio æqualis cenſetur. *vt tradunt Berenga. in d. l. in quartam. ff. ad leg. Falcid. nu. 83. & Coſta in d. c. ſi pater. de teſt. in 6. pag. 557. num. 34.* Quamobrem mirum non eſt, ſi in caſu huius l. Regiæ, aſcendentibus adiudicetur emphyteuſis qui ab inteſtato ſuis deſcendentibus, ſuccedunt, quemadmodum, & ſuperiori §. 3. eiſdem deſcendentibus conceditur eadem emphyteuſis a parentibus obtenta cum facultate nominandi ſecundam vel tertiam perſonam, conceſſam. Nec parum iuuat quod iam ſup. §. 1. & 2. adnotauimus, in teſtamento ſcriptos hæredes aſcendentes, non minus videri ad emphyteuſim nominatos, quam ipſosmet deſcendentes.

2 Sed † *an hoc ad emphyteuſim eccleſiaſticam porrigatur?* controuerſum eſt, & decidi recte poteſt, ex his, quæ ſupra ſcripſimus. *q. 12. nu. 27.* & adde, quod lex iſta in *hoc §. 3.* loquitur, retẽto themate, de quo in prin. quando emphyteuſis eſt conceſſa, *pro eo, qui nominabitur*, quæ non minus reſpicit aſcendentes, quam deſcendentes.

3 Adde † etiam, quod aſcendentes ſimul ad emphyteuſim non admittuntur, ſed magis obſeruata gradus, & ſexus prærogatiua, iuxta formam traditam *in §. 3. ſupra proximo.* Quemadmodum enim ibi maſculus filius, excludit ſororem, ita hic pater, excludit matrem: & quemadmodum filia *in d. §. 3.* excludit nepotem gradu remotiorem, ita etiam hic mater excludit auum: & ſic de ceteris reſpondendum eſt, vt in ſpecie adnotauit Coſta, *lib. de Regni ſucceſſione, pag. 179.*

4 ¶ Ibi, † *Non auendo hi nenhũ da linha deſcendente, nõ auendo dito foro aſcendente.*

Aduerto autem tunc demum audiri aſcendẽtes, quando nullus ex deſcendentibus adeſt, quod infra etiam probatur, ibi, *& em quãto hi ouuer deſcendente.* Cuius rei illa ratio eſt, quia prima ſucceſſionis cauſſa ad deſcendentes pertinet. *§. 1. inſtit. de hæred. quæ ab inteſt. def.* Quod intelligendum, ſiue deſcendens ſit maſculus, ſiue etiam fœmina, vt ex generalitate verborum huius l. Regiæ deducitur, & in fortioribus terminis probat Anchar. quem refert Socinus, *lib. 1. conſ. 49. num. 3.* Quæ optima eſt ad hunc text. ampliatio, vt etiam procedat in fœmina deſcendente. *Pariſ. lib. 4. conſ. 72. nu. 6.*

5 Secundo † amplia, vt procedat etiam in deſcendente naturali tantum, vt probat legiſlator ibi, *& nõ auendo deſcendente lidimo, poſto que aja aſcendente, aja eſſe foro o ſeu filho natural.* Quæ notabilis reſolutio eſt, pendens a diſpoſitione l. Reg. *lib. 4. 71.* vbi filius iſte naturalis, & non legitimus, ſimiliter a ſucceſſione hæreditaria, (in qua inuoluta ineſt emphyteuſis) non ſubmouetur, ad quam, is qui hæreditatem ab inteſtato conſequitur, nominatus videtur, prout iam ſupra §. proximo adnotauimus.

6 Verum † enim vero is naturalis filius, in defectum legitimorum admittitur, vt hac l. probatur ibi, *E nõ auendo hi deſcendente lidimo.* quod iuris præceptis conuenit, ſecundum quod reſoluit Rubeus *in l. Gallus. §. quidam recte. num. 166. ff. de lib. & poſthu. Anchar. conſ. 427. & Turza. lib. opini. commu. concluſ. 73. ad finem. Iulius Clar. lib. 4. verbo, emphyteuſis, q. 30. Minſing. centu. 3. q. 26. & infra. q. 21. nu. 29.* Quod & in legitimato obtinet, *vt infra ſuo loco tractabitur.*

7 Nec † hoc mirum, quia vbi filii maſculi excludunt fœminas, quemadmodum contingit *in §. 3. ſup. proximo.* eas non ſubmouent filii naturales tantum, & non legitimi, *vt poſt Bal. Barba. in l. cum acutiſſimi. C. de fideicomm.* & quoſdam alios reſoluit Brunus, *lib. de ſtatuto exclu. fœmi. art. 12. nu. 30. cum ſeq. Minſing. lib. deciſio. imperia. centu. 3. q. 26.* ne quo modo legitima ſucceſſio ab illegitima ſubuertatur, vt ibi latius proſequitur Brunus, quod hæc lex in ſua generalitate vtiq; probat, quatenus indefinite quẽlibet deſcendentem, & conſequenter fœminam, naturali filio anteponit, & ſic debet intelligi text. *in d. §. 3.* quatenus maſculos anteponit fœminis, vt procedat in maſculis legitimis, non in naturalibus tantum.

8 Caue † tamen, quia lex iſta quatenus emphyteuſim concedit filio naturali, intelligenda neceſſario eſt, in terminis, in quibus loquitur, & ſic quãdo emphyteuſis fuit conceſſa in genere, *pro eo, qui nominabitur*, quo caſu l. Regia, *in hoc titu. 62. §. 4.* loquitur relata ad principium. *vt iam ſup. diximus.*

9 Quæ † generalis conceſſio vtiq; etiam naturalibus filiis prodeſſe poteſt, non ea, quæ pro filiis fuit conceſſa. Hæc enim legitimos tantũ filios reſpicit, qui vere ſunt filii, non naturales, & illegitimi, ex regula *l. filium definimus. ff. de his qui ſunt ſui*, vt in ſpecie adnotauit Ang. *in l. generaliter. §. cũ autem. C. de inſtit. & ſubſtit. ſub condi. factis*, concordant Bald. *in d. l. filium. & Decius in cap. in præſentia, nu. 40. de proba.* reſoluentes proinde in emphyteuſi, pro filiis conceſſa, naturales non contineri, quia cõtractus ſunt ſtricti iuris, & eorum verba ſunt ſtricte, & proprie intelligenda, *ſecundum adnotata in l. quicquid adſtringendæ. ff. de verb. oblig. & in l. veteribus. ff. de pactis. Iaſo. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 127.* Concordat etiam Ripa, *in l. ex facto. §. ſi quis rogatus. ff. ad Trebell. num. 58.* In eccleſiaſtica emphyteuſi hæc eſt communis reſolutio, *teſte Meneſio, in l. cum acutiſſimi. C. de fideicomm. poſt nu. 33. & Iulio Clar. lib. 4. §. emphyteuſis. q. 30.*

10 Quorum † ſententia comprobari recte poteſt, ex eo quod in hac ſpecie, quando emphyteuſis fuit conceſſa, *pro filiis*, alibi ſcriptum eſt, nec fœminas contineri, quæ ſimiliter, ex ſtricta verbi ſignificatione filiorum appellatione, non continentur *l. ſi quis ita. ff. de teſta. tutela. l. ſi ita ſcriptum. ff. de leg. 2.* quo argumento in emphyteuſi, *pro filiis* conceſſa non contineri filias reſoluunt, Archidi. *in c. ſi quis ſuadente. 17. quæſt. 4. & Roma. conſ. 35. & Alexa. 61. lib. 1. Imola in cap. potuit. num. 66. de locato. communis, ſecundum Decium in d. c. in præſentia. num. 46. Iaſ. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 193. Ripa in d. §. ſi quis rogatus. num. 59. Rimin. lib. 1. conſ. 184. num. 12.* vbi *conſi. 179.* per totum idem probat in conceſſione, *pro filiis, hæredibus, & deſcendentibus. Gamma. quæſt. 233. ante num. 3.* Quorum fundamentum, ab ea ratione pendet, quia filiorum appellatione, proprie loquendo, filiæ non continentur, aliter quam extenſiue *l. pronunciatio, in princ. ff. de verbor. ſignific. & l. quiſquis. §. 1. & §. filius. C. ad leg. Iuli. maieſta. Dd. in d. l. ſi quis ita, & in d. l. ſi ita ſcriptum.* Qua ratione cum huiuſmodi conceſſio, pro filiis, non proſit filiabus, multo minus proderit filiis naturalibus, quod Bart. voluit *in d. §. ſi quis rogatus*, quia filiis illegitimis, tanquam extraneis non ſtipulatur pater, nec illis acquirit. *§. alteri. Inſtit. de*

inutilibus stipula. Non enim hi sunt in potestate patris, *vt habetur in prin. Instit. de patria potestate*, quamobrem ad similitudinem matris illis pater non stipulatur. *l. debitor, in fi. ff. ad Trebell.* Quapropter contineri naturalis, in huiusmodi concessione, *pro filiis* facta non potest, repugnante iuris dispositione, quæ non consentit, posse parentes naturalibus filiis stipulari.

11 Quibus † tamen non obstantibus, oppositum resoluunt cum communi Alexan. *in d. l. ex facto. §. si quis rogatus, in 1. nu. 21. ff. ad Treb. & Felin. in c. in præsentia, de proba. nu. 25.* intelligentes ab huiusmodi concessione, *pro filiis* facta, submoueri naturales non posse. Nam quemadmodum in vltimis voluntatibus interpretamur filiorum appellatione naturales contineri, & vocatos a defuncto videri, *vt in d. l. ex facto, habetur*, ita etiam in cōtractibus emphyteuticis pari ratione respondendum est, submotos non manere, *Paris. in d. c. in præsentia, nu. 90. de probatio.* ante quem hoc idem voluit Vincentius *in d. §. si quis rogatus, col. 20.* firmans huiusmodi concessionem non esse ambiguam, siquidem potest, & debet interpretari, secundum qualitatem, & dignitatem concedentis, secundum quod habetur *in d. §. si quis rogatus*, vbi Bar. *num. 8.* hanc opinionem tenet, argumento text. ibi, sumpto argumento de vltimis voluntatibus ad contractus, quod in iure obtinet. *l. quæ de legato. ff. de leg. 1. sequuntur Dd. ibi. & in l. generaliter. §. cum autem. C. de institut. & substit. vbi Alex. Canonistæ, in c. in præsentia, de proba. vbi Decius, nu. 46. Viuius, lib. opin. commun. verbo, Regula, num. 4. versi. in emphyteusi. pag. 36. col. 1. in fi.* firmans communem, *& Ripa in d. §. si quis rogatus, num. 58. Iulius Clar. lib. 4. in §. emphyteusis. quæst. 30. Rubeus in l. Gallus. §. & quid si tātum. num. 154.* secundum quam communem opinionem non desunt, qui intelligant legem hanc Regiam in hoc §. 4. procedere. Incaute tamen, quoniam vt iam *supra* adnotauimus. l. hæc Regia non loquitur in cōcessione facta. *pro filiis*, sed magis in genere, pro eo qui nominabitur: quæ longe differens, cōcessio est. Hanc opin. in profana emphyteusi probat Bursatus, firmans communem, *cons. 85. num. 10.*

12 Ego † profecto veriorem arbitror esse priorem sententiam negatiuam, quod ad emphyteusim, *pro filiis* cōcessam, minime videatur vocatus filius naturalis eius, qui emphyteusim fuit stipulatus, quam tenuere Dinus, Bald. & Perusinus, quorum meminit Decius *in d. c. in præsentia, de proba. nu. 46. & Ripa. 58. Curt. seni. cons. 13. num. 3.*

13 Quorum † sentētia, vltra iam citata, vtili comprobatur simili, si consideres, quod in testamentis, & vltimis voluntatibus appellatione filiorum continentur nepotes, quia latam testamenta patiuntur interpretationem *l. Lucius. ff. de hæred. instit. Dd. communiter, in l. Gallus. §. instituens. ff. de lib. & posth.* cuius oppositum obtinet in contractibus, quorū natura est stricta. *Bart. in l. liberorum. quæst. 5. ff. de verborum signif.* Ergo, & si verum sit, quod in testamētis, & vltimis voluntatibus filiorum appellatione interpretemur, contineri filios naturales tantum, *secundum adnotata in d. §. si quis rogatus. l. ex facto. ff. ad Trebell.* nihilominus in contractibus contrarium est respondendum, quia testamenta, *vt prædiximus*, latius patent, latioremque patiuntur interpretationem *l. in testamentis. ff. de regu. iur.* vt notabiliter respondent Decius, *nu. 48. & Ripa. nu. 60. in d. c. in præsentia, de proba.*

Iuuat † Bald. *in l. 2. §. legitimos. ff. de excusa. tutorum*, 14 resoluens, quod in statutis, & similibus, quæ stricte, & proprie sunt intelligenda, filiorum appellatione non continentur filii naturales, quia proprie non sunt filii, *secundum adnotata in l. Filium. ff. de his qui sunt sui.* statuta autem proprie sunt intelligēda. *l. 3. §. hæc verba. ff. de negot. gestis. habetur in c. in nostra, de iureiuran.* Quare idem necessario respondendum est in contractibus, quorum naturam scimus esse stricti iuris, *l. quicquid adstringendæ. ff. de verborum obligation. l. veteribus. ff. de pactis*, & vtrobiq; Dd. communiter.

Quæ † resolutio hodie præsertim videtur admittenda, quia scimus parum iam naturales filios ab spuriis differre, quoniam iam concubinatus etiam de iure ciuili dignoscitur reprobatus, vt probat text. *in cap. 1. de filiis natis ex matrimo. contra ad morgani.* per quem hoc ita tenuit Ioan. Andr. *in regula, sine culpa. col. 9. de regu. iur. Felin. in c. cum sit generale, de foro competen. num. 13. versi. puto oppositum. tradit Guliel. in c. Raynutius, verbo, & vxorem, num. 675. de testament.* vbi dicit, quod de hoc est text. notabilis *in d. cap. 1.* quatenus probat, quod cum concubina non licet sine peccato permanere, additque non parum facere, quod Imperator præcepit *in l. 1. C. de summa Trini.* statuens, vt vniuersi subditi imperio, in ea religione viuant, quam beatus Petrus, & Apostoli docuerunt. Aliter enim iniuste Imperator profiteretur se castitatis amatorem, *vt adnotauit Socinus lib. 1. consi. 148. post num. 6.* nisi concubinatum improbaret, quod etiam Soarez adnotauit, *in allega. fol. 82. versi. & etiam hodie, in commenta. l. 1. tit. 6. lib. 3. col. 2. & prius Ange. addit lib. de malefi. verbo, que me ay adulterato. col. 3. versi. tu in hac. Barba. in c. per tuas, in princ. de probatio.* & illum tantum allegans Cassaneus, *in Catalog. gloriæ mundi. consideratio. 3. col. 3. in princ. part. 7. late Baptista, in l. si qua illustris num. 50. & 51. C. ad Orphici. Fortu. in l. 1. §. ius naturale. num. 79. ff. de iust. & iure Ripa.* qui Felin. & Ioan. Andr. supra citatos dumtaxat referens; *sequitur in l. si vnquam. C. de reuoc. dona. num. 74. & in l. fin. ante num. 39.* asserens communem idem Ripa, *in l. miles. num. fin. ff. de re iudic. & in d. l. ex facto. §. si quis rogatus, in 1. num. 50. Socin. in l. Gallus. §. quid si is, in fin. ff. de lib. & posthum. & ibi Ruinus in §. & quid si tantum. num. 39.* Ex quibus proculdubio resoluendum est, non minus excludendos fore naturales filios ex defectu intentionis, quam spurios, siquidem eadem vrget excludendi peccati ratio contra iuris præcepta in conceptione.

Aliter, si intelligas concedentem, etiam pro hisce naturalibus filiis concessisse vtique inuitus fateberis voluisse illum caussam, & peccandi ansam, & materiam tribuere, contra adnotata *in c. fin. de præsumpt. Bart. Imola, & alij, in l. 3. ff. de testament.* Quocirca si hoc intellexit, nihil egit, vt ibidem adnotatur, & voluit Ripa, *in d. l. si vnquam. C. de reuo. dona. num. 75. Ruinus, in d. l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de lib. & posthum. num. 39.* inferens proinde tex. *d. §. si quis rogatus, l. ex facto. ff. ad Trebell.* hodie correctum esse, quatenus probat filium naturalem excludere substitutum, sequitur Ripa *in d. l. si vnquam. num. 76.* Ex quibus certe ego hanc veriorem soleo iudicare sententiam.

Verum

16 Verum † enimuero quod attinet ad rem quam tractamus, de admittendis, & excludendis filiis naturalibus, a concessione pro filiis facta, vel stipulata, ego intelligo, pendere a disponentium mente, & volũtate, quæ modo illos includit, modo eosdem remouet, secundum quod I.C. docuit *in l. ex facto. 17. §. si quis rogatus, in 1. ff. ad Trebell.* vbi de hac re agens voluntatis quæstionem esse, de quibus liberis testator senserit, idque a dignitate, voluntate, & conditione eius, qui disposuit, fideique commisit pendere, & accipiendum esse docet: notant ibi Dd. *& in l. fin. ff. de iure delibe.* vbi est etiam bonus text. ibi, dum sic ait, *Si tamen testatorem de hoc filio loquutum esse appareat:* secundum quem etiam sensum loquitur Papinianus *in l. cum pater. 79. §. volo. ff. de leg. 2.* ibi, *Collibertum patris, eundemque filium, ex voluntate substitutionem excludere placuit.* Ex quibus verbis, & iuribus Barto. & Dd. colligunt communiter, filiorum appellatione contineri naturales, si modo in eorundem naturalium filiorum fauorem concurrat disponentis saltem coniecturata voluntas, quæ est ratio propter quam vtilis est dispositio l. Regiæ *in hoc §. 4.* admittentis filios naturales ad eam emphyteusim, quæ fuit generaliter, *pro eo, qui nominabitur* concessa, quo casu etiam naturalem verborum generalitas continet.

17 Quocirca † vbi naturales tantum filios haberi, emphyteusis *pro filiis* conceditur, sine difficultate etiam de naturalibus fuisse actum, respõdendum est, ex vi verborum secundum quam etiam naturales, filii sunt. *l. Lucius. §. fin. ff. de leg. 2.* maxime vbi contrahentium voluntas concurrit, cui plerumque standum est licet a verborum proprio sensu recedatur. *l. in conuentionibus. ff. de verborum signif. l. non aliter. ff. de leg. 3.* quæ voluntas ex eo colligitur, quod tempore concessionis alii, quam naturales non extabant filii. *Hippol. in l. 1. §. si seruus, numer. 9. ff. de quæst. Paulus in d. §. si quis rogatus, num. 5. facit l. heredibus. §. fin. ff. ad Trebell.* quod sic in feudis disponitur, quæ scimus naturales petere non posse, *cap. 1. §. naturales, si de feudo fue. controu. inter domi.* & nihilominus, *secundum Aluaro. ibi col. 5.* si feudum concedatur habenti naturalem, ille admittitur, ex mente concedentis, qui etiam pro illo videtur concessisse *l. plenum. §. equitij cum gloss. ibi. ff. de vsu & habi. Ripa in d. §. si quis rogatus, num. 12.* secundum hunc igitur sensum ad rem non facit, quod supra diximus, verba contractus stricte, & contra stipulantem fore interpretanda, quoniam id procedit, quando de coniecturata disponentis voluntate, aliter non constat. *l. fi. C. quæ res pigno.* Nec omnino repugnat, quod diximus, filiorum appellatione naturales non cõtineri, quia vox ista, *filius,* naturalis est. *l. tutelas. ff. de cap. dimi.* Quocirca natura inspecta nõ magis legitimi, quam naturales, sunt filii. *l. hos accusare, § fin. ff. de accusa.* ex quibus in casu præscripto, vbi emphyteusis conceditur ei, qui iam naturales filios habebat, negari naturalibus filius emphyteusis non potest, *vt Paleot. placuit, lib. de nothis. c. 30. num. 2. cum seq.*

18 Secundo † ex suprascriptis resoluitur, negandam emphyteusim naturali filio non esse, quando a principio illegitimo illa fuit concessa, quo casu naturali, & illegitimo eiusdem emphyteusis successio negari non potest, & si illa ab ecclesia concessa sit, *Bal. in c. quæ in ecclesiarum, nu. 43. de constitu.* quem videtur probare Ias. *in l. generaliter. §. cum autem. C. de instit. & substit. nu. 11. & in l. sed si hac. § liberos. nu. 1. ff. de in ius. vocan. Ripa in d. §. si quis rogatus, n. 66.*

Facit † Socin. *in l. Gallus. § nunc, de lege. nu. 5. ff. de lib. & posthu. versi. secundo potest,* vbi postquam resoluit, quod emphyteusis concessa, pro masculis descẽdentibus non transit ad masculos ex fœminis, subdit hoc limitandum fore, & intelligendum, nisi a principio alicui fœminæ emphyteusis fuerit concessa, quia tunc comprehenduntur masculi nati ex fœminis, *secundum Areti. ibi. & Bal. in l. quoties. C. de fideicommissis. & Anchá. consi. 336. cum aliis,* de quibus ibi. Crotus *in l. filiusfamilias. §. Diui. ff. de leg. 1. n. 11.* Sic ergo in casu nostro naturalis filius audiri debet emphyteusim petens. 19

Caue † tamen, quia in contrarium videtur bonus tex. *in l. generaliter. §. cum autem. C. de inst. & substi.* vbi fuit institutus naturalis, & substitutus legitimus, si ille sine filiis decessisset, & nihilominus substitutũ naturalis non excludit, quem ad hoc propositum induxit cõtra Bal. Decius, *in c. in præsentia, de proba. n. 47. & Ias. in l. sed si hac. § liberos. ff. de in ius. vocando.* responderi tamen facile potest, quod ibi ex aliqua caussa particulari affectionis fuit institutus naturalis, & substitutus legitimus. Qua ratione ex ea institutione nullum fit argumentum in fauorem naturalium, *vt per Decium in d. nu. 47. & in simili Alex. lib. 1. consi. 2. nu. 19.* licet Iaso. *in d. § liberos,* non ausus fuerit respondere. Vnde quoties naturalis a principio emphyteusim fuit stipulatus, nequit illa successori naturali negari, quia illa qualitas in primo approbata, in reliquis videtur improbari non posse. *Paleotus de nothis, c. 31. post nu. 4.* 20

Quo † argumento similiter si dominus emphyteusim concedẽs illegitimus est, non possunt bastardi ab emphyteusi repelli, quia non videtur sibi similes neglexisse, *Decius in c. in præsentia, de proba. num. 43. Ema. a Costa in l. Gallus. §. & quid si tantum. ff. de lib. & posthum. 5. par. num. 72. & in c. si pater, verbo, si absq; liberis, de testam. lib. 6. num. 42.* Quod ego intelligo respondendum, etiam si concedens sit in dignitate constitutus, quia magis attẽdi debet qualitas naturalis, quam accidentalis. *l. 3. in prin. ff. de tutelis. Decius in d. num. 43.* licet repugnet Ripa, *in l. ex facto. § si quis rogatus, num. 22. ff. ad Trebell.* Quæ vtilis resolutio est ad l. Reg. *lib. 1. titu. 17. § 9.* & faciunt verba Iureconsulti *in d. § si quis rogatus, in fine,* ibi, *ex conditione eius, qui fideicommisit.* Quo argumento ex facto interrogati, aliquando in fœmina, idem respondimus obseruandum esse, vt similiter fœmina succedat, si a fœmina fuit constitutus maioratus, *tradit Anchar. consi. 339. num. 16. & Tiraqu. in l. si. connub. a num. 26.* 21

Eodem † etiam argumento, & ratione naturalis, & quiuis alius bastardus nominari recte potest, si nominatim etiam pro illis est in cõcessione facta mentio: nam cum horum inclusio, & exclusio pendeat a concedentis voluntate, cuius respectu bastardus capax est, mirum non est, si petere emphyteusim possit, quamuis parenti ille succedere non possit, nec ab eo quicquam capere ob natalium defectum, a domino enim, non a patre nominatus capit. *l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2. tradit Afflict. quæst. 99.* Quocirca vbi in concessione data est potestas nominandi illegitimos, vtiq; re- 22

repelli non possunt, *ex Bal in l.2.num.5.C.de iure emphyt.& ibi Ias nu.122.Cremens.sing.129.Guliel. in c. Raynutius,verbo,& vxorem,nu.129.decisione.5.*

23 Quæ † vtriq; sententia iustificatur, ex eo, quod alibi scriptum est, spurium qui parenti nullo modo succedere potest, posse nihilominus fratri pupillo substitutum pupillarem dari,& ei succedere, & consequenter omnem patris hæreditatem habere, quia hoc casu magis a pupillo fratre, quam patre videtur institutus capere, *vt adnotauit glo.verbo,participium, in §.fi.auth.quibus mod.naturales effi.sui colla.7.Alex.in l.si ii qui.6.ff.de vulga.nu.4.Gomez.in l.9. Tauri,nu.20. Pinellus in l.3. C.de bonis ma.num.21.* Quo argumento, nominatus a patre illegitimus,emphyteusim capere recte potest,non a patre nominante,sed a domino concedente.

24 Quod † ego tamen solitus sum limitare, quando pater eam emphyteusim emit, & pretio comparauit: quia in hac specie emphyteusim, pretii loco subrogatam a substantia patris procedentis, magis a parente,quam domino filius habere dicitur,argumento text. *in l. quod conditiona.36.ff. de dona.caussa mortis.* vbi notabiliter Vlpian.docet eum, qui a me insolidum capere non potest, nec caussa conditionis implendæ capere, vllo modo relicta posse, in hæc verba, *Quod conditionis implendæ gratia datur, licet non de bonis mortui proficiscatur, capere tamen supra modum non poterit is, cui certum modum ad capiendum lex concessit.* & ibi adnotauit glo. recepta, relictum caussa conditionis implendæ, spurium, & similem incapacem capere non posse, quia licet ex bonis patris non procedat, subrogatum tamen est loco relicti ei, qui adimplere conditionem, & dare debet, qua ratione incapax spurius, quemadmodum nequit a patre profecta capere, ita non potest subrogata, vt respondet Bar. & Dd. *in l.si ii qui.6.ff. de vulga. vbi Alexan.in fine. & Bald. in l. eam quam.num.55.C.de fideicomm. Alber.in l.si quilibet. ff.de his quibus vt indign. Ioan. Dilecius, lib. 1. de arte testandi.caute.14.num.5.* Sic ergo in casu nostro spurius obtinere emphyteusim non potest, quam precio pater comparauit, & emit, quoniam hæc precii loco subrogata est.

25 Quod † plane agnouisse Bald.intuens *in l.1.C. per quas personas nobis acqui.* resoluentem Bart.& scribentium varietatem, *in l.qui Romæ. §.Flauius.ff. de verborum obligat.* cessare,quando pater emphyteusim precio comparauit, quia tunc illam vendere libere potest, quasi ex suo patrimonio procedentem, non a dominica concessione, quæ communis resolutio est, *teste Goza.cons.75.nu.14.& Maranta in l.is potest.ff.de acq.hared.nu.30.*

26 Stat † igitur ex præmissis firma conclusio, nominari illegitimum, sine difficultate posse, quando in emphyteutica concessione dominus illum posse nominari concessit, quia tunc (vt prædiximus) a domino, non a parente illegitimus nominatus capit: idq; verum esse, lege hac Regia *in hoc §.4.* comprobatur, quatenus statuit ad emphyteusim concessam in genere, *pro eo,qui nominabitur,* nominari illegitimum naturalem filium recte posse. Quod ea ratione procedit, quia sub ea verborum generalium conceptione dominus, videtur etiam inclusisse bastardos, qui alias in concessione *pro filiis,* non includerentur, *vt supra diximus.num.8.* Per hanc enim verborũ generalitatem videtur a domino concessa libera nominãdi potestas, & consequenter indignum, seu illegitimum, text. est *in l. cum quidam. 24. ff. de leg.2. in princ.* vbi grauatus fuit hæres ex filiis, cui vellet restituere,& Vlpianus, ex Marcelli auctoritate respondet, *hæredem posse, etiam indignum præferre.* & ibi notant omnes, & est indubitata resolutio, indignum præferri posse, ab eo, qui liberam habet eligendi potestatem. Quemadmodum dicimus habere eum, qui potest nominare, seu eligere quem voluerit, qui videtur casus l. Regiæ *in hoc §.4.* in quo concessa est eligendi libera facultas, ex forma concessionis factæ, per verba generalia, *pro eo, qui nominabitur*, id est, quem nominare voluerit. Quod ita in specie probat Gozad. *in consil.25.num.16.* resoluens, quod emphyteuta, cui dominus concessit, liberam alienandi potestatem, potest emphyteusim alienare,etiam in fauorem eorum, qui alias erant prohibiti, & incapaces, & ibi citat plura nostrorum interpretum loca, & doctrinas, quibus hæc iustificari traditio potest. & ex Barto.Bald.& Pauli expositione *in d.l.cum quidam. ff.de legat.2.* exponentibus, verbum, indignum, de quo ibi, id est, inimicum quem posse eligi, probant, *vt tradunt Peralta ibi, numer.6. & Menesius, 14.idem Peralta in l. vnum ex familia. §.1.num.5.eodem titu. & prius Segura in d.l.vnum ex familia. §.sed si fundum.fol.49.col.1. in fine,cum sequen.Loazes in l.Filiusfamilias.§. Diui.ff.de leg.1.Molina,lib. 2.de Primogen.cap.5.num.7.Gomez.in 1.tomo.cap.12.numer.48. Gama. quæst.149.num.2.* Nihil enim hoc casu a parente filius capit, qui nudi dumtaxat ministri officio fungitur, *secundum adnotata in l.vnum ex familia.§.1.ff.de legat.2.cum aliis iam citata.* Quibus comprobauimus a domino non a patre hoc casu nominatum capere, quemadmodum contingit in casu *l.Si a qui.6.ff.de vulgari, vbi* Paulus *num.5.& Iaso.7.* Peralta *in d.l.vnum ex familia, num.17.ff.de lega.2.*

27 Sed † hæc, meo quidem iudicio, referẽda sunt ad concessionẽ factam, pro eo, quem emphyteuta voluerit nominare, quo casu loquitur *in d. l.cum quidam.24. in princ.ff. de legat. 2.* vt ex illis verbis liquet. *Rogo restituas libertis meis, quibus voles.* & ibi notant Dd. ponderantes illud verbum, *voles*, & colligentes, ex eo datam fuisse liberam potestatem eligendi etiam indignum, & inimicum, id tribuentes proprietati verbi, *volo*, quod importat, liberam facultatem disponendi esse concessam, *per text.ibi, & per l.Fideicommissaria.3. in prin.ff.de fideicomm. liber. l.vtrum.§.cum quidam. versi.plurimum.ff. de rebus dub.l. Fideicommissa.§.quanquam.ff.de leg.3. Bart.in extrauag. ad reprimendum verbo, videbitur. Iaso.in l.Si sic.in princ. num.27.ff.de leg.1.& Gutierrez,allega.1.num.17.cum seq. & latius Menoch.lib.1.sentent.quæst.7.* Quocirca in casu legis nostræ, in quo concessio fuit facta, *pro eo, qui nominabitur*, citra verbum, *volo*, vel simile, quod possit inducere liberam nominandi potestatem, vtique responderi facile potest, bastardum nominari non posse, quia generalis illa potestas nominandi restringi potest & debet ad homines habiles, *iuxta ea quæ notan.in l.1.C.de sacrosanct.eccles.Iaso.in l.Si is,qui pro emtore.ff.de vsucapio.nu.239.ad finem.* Quę vtilis est animaduersio ad emphyteusim ecclesiasticam, quam ego per suprascripta negarem filio bastardo, non obstante huius legis dispositione, vt infra proxime tractabitur. Et intellige hoc verum in

rum in filio spurio concedentis, quia nominari non potest, nec eligi per hæredem. *Peralta in d. l. cum quidam, num. 4. in fin.*

28 Ex † eo igitur, quod diximus, in casu legis Regiæ non esse concessam liberam nominandi, seu eligendi potestatem, & consequenter indignum nominari non posse, consequens est legem hanc Regiam limitandam fore in emphyteusi ecclesiastica, *vt iam supra adnertimus, quæst. 7. num. 39.* Scimus enim hos filios tanquam odiosos ecclesiæ, & execrabiles, tanquam in peccato mortali conceptos, repellendos omnino esse, ab emphyteusi ecclesiastica, ex regula *d. l. cum quidam. ff. de legat. 2.* & quia non decet in loco honesto, inhonestas collocare personas. *l. si qua, C. de spectaculis. libr. 10.* Quocirca de illis minime intellexisse ecclesiam dicendum est, *tradunt Dd. in l. ex facto. §. si quis rogatus, in primo. ff. ad Trebellianum.* vbi post alios, Ripa, *num. 62.* dicit communem, *tradunt Canonistæ, in cap. in præsentia, de probatio. vbi Felin. num. 24. & Decius nu. 26. post Panorm. num. 25. Paulus, in l. Si mihi, & Titio. ff. de verborum obligation. Paulus, Salic. Alexand. & Iaso in l. generaliter. §. cum autem. C. de instit. & substit. Bald in auth. si quas ruinas. C. de episcopis & cleric. nu. 3. versic. sed quæro. tradit, post alios Afflict. in cap. 1. §. naturales, si de feudo defunct. conten. sit, in fi. citans Bald. consi. 70. lib. 1. in illum reperies, lib. 2. consi. 207.* vbi bene loquitur, & eum voluit citare Decius, *consi. 171. ante nu. 2. tradit gl. in fi. l. 69. tit. 18. Par. 3. post Alex. in d. l. ex facto. § si quis rogatus, in 1. num. 17. cum seq. ff. ad Treb. & Paleotus, lib. de nothis. c. 31. in prin.* & firmans communem, *Alc. respos. 39 nu. 2.* addens, non esse in dubium resticandum, quia maioribus nostris ita placuit, nõ quod solida lege probetur, aut ratione. Rationem prædictæ sententiæ, reperies *infra. q. 20. nu. 7.*

Ceterum Senator sacri Palatii Gamma. *q. 2. n. 4.* in contrarium arguit, quia vtile dominium est, quid temporale, *ex his, quæ scripsimus supra quæst. 7. num. 13. & 24.* rursus idem Gamma. *quæst. 377. inter fratrem nu. 7.* vbi hanc legem Regiam *in hoc, §. 4.* intelligit procedere etiam in emphyteusi ecclesiæ, quia lex ciuilis loquens in successione feudi, vel emphyteusis intelligitur, etiam de emphyteusi ecclesiastica, ex Decio *in authen. Cassa. num. 9. C. de sacrosanct. eccles. late Decius, consi. 131. nu. 3.* rursus idem Gamma, *q. 149. Dominus. vbi num. 2.* intelligit, spurium regulariter ad emphyteusim ecclesiasticam eligi non posse, etiam si emphyteuta habeat potestatem nominandi, quem voluerit, sed *num. 3.* contrarium probat.

29 Caue † tamen, quia hic auctores loquuntur, quando emphyteusis fuit concessa *pro filiis*, in qua specie ne ecclesia videatur cogitasse, de his filiis odiosis in mortali peccato conceptis, non est mirum, si intelligamus de filiis legitimis sensisse, quos proprie loquendo filios dicimus, iuxta *l. filium. ff. de his qui sunt sui. ita Iulius Clarus, & Menes. de quibus supra. num. 9* Imo dicendum est concessionem factam esse sub conditione, si filium habuerit emphyteuta, & nominauerit, *secundum adnotata in l. interdum. ff. de verborum obligat.* quæ conditio efficit, vt impleri necessario debeat in veris filiis, & sic legitimis, non naturalibus, *vt in d. loco Paleotus tradit.* Hi enim regulariter sunt exclusi, *vt in d. l. ex facto. § si quis rogatus in 1. ff. ad Trebell. habetur. & in l. generaliter. §. cum autem. C. de institut. & substitut. l. fin. ff. de iure delib. tradunt Dd. in c. in præsentia. de proba.* Nos vero loquimur in concessione generaliter facta, *pro eo, qui nominabitur*, quæ multo lanius patet, siquidem, & extraneos nominare licet, et si emphyteusis sit ecclesiastica, *vt infra in §. fi. dicemus.* Quamobrem ad casum §. nostri, auctoritates præcitatæ applicari neutiquam possunt: siquidem longe diuersa ratione procedunt.

Nisi † dixeris, quod generalis quantumcumq; concessio odiosos, neutiquam includit *l. Lucius Titius 90. §. Lucius Titius Damian. ff. de leg. 2. Bald. in l. Si ab hostibus § si vir. col. 1. ff. solut. matrim. Palat. in rubric. de dona. inter vir. & vxo. § 70. nu. 18.* Actus enim actiuorum, *secundum Philo. 2. de anima*, sunt in patiente bene disposito. *habetur in c. venerabilem, de electio. & Luca, c. 10. Matth. c. 4. Marci. 6.* Quamobrem Bal. inquit, *in c. fin. col. 1. de præsumpt.* gratias Pontificis maximi, minime prodesse indignis, quia illis nunquam videtur velle prouidere, quia odiosi sunt, & in gratiis nunquam comprehenduntur, *l. testamento centurio. 51. ff. de manu. testa.* ibi, *quibusdam autem per offensam exclusis, residui in libertatem veniunt.* tradunt Dd. *in d. l. cum quidam. ff. de leg. 2.* vbi sic exponunt verbum, *indignum*, de quo ibi, id est, demeritum, & qui testatorem offenderit, vt ibi est videre, *per Bal. & Paul. atq; etiam Bart. in extrauag. ad reprimendum, verbo, videbitur, col. 2.* & est illius text. communis, & receptus sensus: secundum quem illegitimi, de quibus agimus, eligi ad emphyteusim ecclesiasticam minime possunt, quia cum odiosi ipsi ecclesiæ, & omnino indigni sint, collocari in loco honesto, qualis est emphyteusis ecclesiastica, non debent: ita notabiliter præd. argum. respondet *Afflict. in d. § naturales. c. 1. si de feud. defunct. contentio sit. in fi. & tradit Bal. lib. 2. cons. 207. quem voluit citare Affli. & Deci. in cons. 171. ante nu. 2.* 30

Ex † quibus sane resoluitur legem hanc Regiam *in hoc* §. 4. quatenus emphyteusim concedit naturalibus liberis, nullatenus ad emphyteusim ecclesiasticam trahendam esse, ex defectu, nempe potestatis, *ex adnotatis in c. eccles. S. Mar. de constit.* atq; intentionis ecclesiæ, quæ de hisce filiis illegitimis, neutiquam cogitauit, *per suprascripta*, & ne videatur emphyteutæ delinquendi caussam, & ansam præstitisse procreandi, scilicet, illegitimos filios, vt ad illos emphyteusis perueniat: quæ intentio tanquam contra bonos mores, reproba est *ex Bal. in l. fin. C. de natu. lib. Bart. in l. Seius. & Augerius. ff. ad leg. Falcid. Iaso. in l. actione. 4. C. de transactio. num. 9. & 10. Decius consil. 271. num. 12. Mencha. lib. de success. circa § 7. num. 35. habetur in l. conuenire. ff. de pactis dotalibus. & in c. quemadmodum, de iure iuran.* Quapropter non est verosimile, quod ecclesia concedens emphyteusim in casu huius §. 4. *pro eo, qui nominabitur*, intellexerit posse nominari illegitimum, & sibi odiosum. 31

Hac † enim in re plurimum attendenda qualitas concedentis, & dignitas, vt intelligamus, sine illegitimus filius submouendus, *vt in l. ex facto. §. si quis rogatus in 1.* Iureconsultus docet ibi, *sed hoc ex dignitate, & voluntate*, &c. Dignitas enim concedẽtis præstat euidentem coniecturam, quod noluit naturales succedere posse, & substitutum excludere. *vt adnotant Ioan. Andr. ad Specul. tit. de testament. num. 27. add. mag. ad finem.* quem probat Alex. *in d. § si quis rogatus, nu. 6. & Ripa nu. 15. Iacob. in l. generaliter.* 32

§.cum autem. C.de institu. & substit.nu.3.Feli.in c.in præsentia,de proba.nu.21.& ibi Dec.nu.37.Socinus in l.haredes mei.§.cum ita.ff.ad Treb. col.fin. Rubeus in l. Gallus. §. quidam recte.nu.155.Gome.1.tomo.cap.5.nu. 40. Menesius in l.cum acutissimi.C.de fideicommu.nu.31. Alex.lib.1.consi. 2.nu.4.ad finem,cum seq.tradit Ruinus lib.1. cons.36.nu.7. Tiraq.de nobilita.q.23.num.17. Nulla vero æqualis dignitas, & nobilitas est ecclesiæ, quare ex ea communi resolutione necessario est lex ista Regia limitanda in emphyteusi ecclesiastica.

33 Quod † maxime eorum sententia fonet, qui probant in terminis d.l.ex facto. §.siquis rogatus, ff.ad Treb. constituendã esse regulam negatiuam, quod naturalis no excludit substitutum vocatum, si hęres sine filiis decedat: cuius fuit sententiæ Azo. a glo.citatus in d.l.generaliter. §. cum autem, verbo, sobole, & ibi Odofr. Butrica.& Alb.num.3.Corra.lib.1. Miscellan. c.7. Costa in l. Gallus.§.& quid si tantum.in 5.par. nu.78. & in c.si pater.par.1.verbo, si absq; libern, de testam.in 6. num. 40. quia argumento iam sup. a nobis scripto vtuntur, qui filius naturalis, proprie loquendo, non est filius, nec appellatione filiorum continetur, vt in ea specie, qua quis est grauatus, si sine filiis decedat, plane probare videtur Imperator in d. l.generaliter. §.cum autem. C. de instit.& substit. Vtramuis teneas sententiam, probabis illegitimum emphyteusim ecclesiæ obtinere non posse, quoniam qui hanc posteriorem opinionẽ probant, respondentes tex.in d.§ si quis rogatus, concedunt dignitatẽ concedentis efficere, vt naturalis filius submouendus sit, vt videre est per Costam in d. c.si pater.n. 42.de testam.& in d.§. & quid si tantum.nu.79. intelligens, quod in casibus, in quibus contra regulam negatiuam naturalis filius substitutum excludit, illum minime excludere, si in dignitate sit constitutus testator, quoniam is neutiquam intelligitur de naturali filio sensisse, aut illegitimo.

34 Nobiles † enim adeo exacte, & diligenter castitatem obseruant, & religiose custodiunt, vt nihil magis, quam libidinẽ abhorreant, & detestentur, qua pudicitiæ cultus, & nataliũ honestas deformatur, vt Imperator docet in l fœdissima. C.de postlimi. reuersis, ibi, ob retinendæ pudicitiæ cultum, ac seruandam natalium honestatem ad te confugisse proponas, habetur in l.in concubinatu.ff.de concubinis.& in l.si qua illustris.C.ad Orfic. ibi, quibus castitatis obseruatio præcipuum debitum est, nominari spurios satis iniuriosum fit, atque acerbum, & ibi Dd. notant.nobilibus præsertim, castitatem tam sedulo commendatam conuenite, inducitur, & dispositio l.Reg. lib.4. titu.71. successionem plebei patris naturali filio deferens, non parentis nobilis, & illud Plauti, Eo sumus gnata genere, vt deceat nos esse castas, quæ est profecto ratio, quare in d. §.si quis rogatus. l.ex facto. ff. ad Trebell. filius naturalis hæredis nobilis, seu in dignitate constitui, substitutum minime excludit, quia id genus hominum, sine filiis dicitur decedere, nisi legitimos habeat, gloss.& ibi Dd. communiter, & in d.l.generaliter.§.cum autem.C.de institut.& substitut. & tradit Alexand. lib.1. consil. 2.colum.3. versic. vndecimo.& consil.60.colum.2.lib.2. Capra.consil. 132. Tiraqu. lib. de nobilit.quæst.23. a numer.10. inferens in specie num. 17. propterea hos naturales, & illegitimos filios procul ab emphyteusi ecclesiastica arcendos esse, Alexand.auctoritate in d.consi.60.& Ruino consi.158.col.2.numer.5.lib.1.& consi.178. lib.2.& consil. 105.num.6.lib.3. rursus, & lib.1.cons.164.& 21.per totum, eodem lib.1.

Ex quibus sine vlla difficultate resoluendum est, ad emphyteusim ecclesiasticam, naturalem filium, & illegitimum nominari non posse. Nulla enim (vt prædiximus) maior nobilitas est, quam ecclesię emphyteusim concedentis, nullus vnquã castitatis cultor, quam ipsamet ecclesia, quæ ipsamet est castitas, nec quid magis, quam libidinosos abhorret, & execratur.

Quod † vtiliter Gozadinus consi. 46. nu. 15. ampliat, procedere etiam in nepote, ex filio naturali descendente, cui tanquam procedenti a radice infecta, emphyteusim ecclesiasticam negat, & si legitimus is sit, & ex legitimo matrimonio natus, ex auctoritate Bald. in l.Gallus.§. quidam recte.ff.de liber.& posthum. & eorum, quæ habentur in l.fin. C.de natur.libe. hæc ille: Nec quid amplius, hanc opin. probat Ruinus, lib.1. consi.158.num.7. Ego animaduerto, hanc esse vnam de sabbatinis quæstionibus, & super qua oporter, nos aliquantulum immorari. Et Dinus vti, Bald.in d §.quidam recte, refert hæsitandum summe duxit, an nepos legitimus natus ex filio bastardo, quem pater sibi hæredem facere non potuit, ab auo possit institui hæres? quæ adeo anceps sibi visa est quæstio, vt insolutam reliquerit. Paleotus tamen lib. de nothis. cap.53.in princ. refert Cynum negatiuam partem defendisse, quia paterna macula filio nocere solet. l.Dotem dedit. ff.de colla. bonorum. nec decet melioris conditionis esse nepotem, quam filium. l.si viua matre. C. de bonis mater. ibi. Nam licet hoc nouum præsens lex constituat in nepotes, non est tamen abs re, vt in hoc casu deteriores esse nepotibus, filij non sinantur: & ibi notant gloss. & Dd. maxime Pinellus, num.16.cum sequen. quæ resolutio Bald in d.§. quidam, recte magis placuit, licet Rofredus eam restringendam crediderit, ad casum quo auus filii contemplatione, nepotem hæredem instituit. Quo argumento in d.consi.46.num.14.ad finem, cum sequen. Gozadi. vtiliter resoluit, negandam esse nepoti legitimo, ex filio naturali, nato ecclesiasticam emphyteusim, quæ ipsi filio necessario neganda erat, quæ vtilis est profecto ad casum huius l.Regiæ traditio, vt quibus casibus nominari ad emphyteusim filius non valet, neque ex eo natus nepos possit. Sed contrarium reperio tenuisse Bartol. in d. l. Gallus. §. quid si n.ff. de lib. & posthum. & consil. 218. dummodo non constet, quod filii contemplatione, nepos institutus fuerit, quod in dubio non præsumitur: quocirca a recentioribus hæc solet quæstio in vtramque partem disputari, ego breuiter me expediam. Et primo Bald.& sequaces (vt diximus) eo mouentur argumento, quia nepos non potest, non secum afferre parentis maculam & vitium, ad instar rami ab infecta radice producti, quare repelli a successione ad similitudinem patris debet, vt tradit Decius consil. 85. in fine. Præstat argumentum Adami primi parentis exemplum, cuius peccatum, & macula omnẽ posteritatem infecit, & contaminauit. Quod in hac materia maxime est admittendum, in qua si nepoti hæreditatem, & successionem concedimus, consequenter & filio damus, mediante persona nepotis, qui ex regula l.placet.ff.de acquir.hæred. protinus eandem patri acquirit, & iam hodie vsumfru-

vsumfructum saltem, *vt in l. 1. C. de bonis ma. & in l. cum oportet, de bonis qua lib.* Quare oe per inditectum legi fraus fiat, & consequenter illegitimo filio, & iocapaci coocedatur, quod recta via dari prohibetur, oeutiquam ab hac Bald. sententia videtur recedeodum.

36 Iuuar † ratio, si consideres, quod bastardos liberos prohibemur instituere, quo facilius ab huiusmodi odiosæ subolis susceptione arceamur, vt *in d. l. fin. C. de natura. libe.* habetur ibi, *Filiis naturalibus relinqui constitutiones, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum refrenandum esse, existimauerunt.* Commone enim parentom votum bona posteris relinquere naturaliter magnopere desiderat, *l. scripto. ff. vnde liber.* quæ sane ratio, etiam in nepotibus obtinet, per *l. Liberorum. ff. de verborum signification.* Denique vt hanc partem defeodentes aiunt, sine dubio auus nepotem instituens hæredem, filii cootemplatione ad ita instituendum mouetur, vt resoluunt Alexan. & Iaso. *in l. si plures. §. in arrogato. ff. de vulgari. & habetur in l. dotem dedit. ff. de colla. bonorum. & in l. Si forte. ff. de castrensi peculio. cum aliis, quæ tradit Gomez in l. 9. Tauri, post num. 17. versi. si vero filius.* Qua ergo ratione filius ab huiusmodi aoi successione, etiam emphyteutica repellitur, repelli. & nepos debet, *l. quaritur. ff. de bonis liber.* aliter melioris erit conditionis filius, quam pater, contra *l. Si viua matre. C. de bonis mater.* Secundum quam sententiam videtur respondendum, ex eodem Bald. *in l. si quis incesti, circa medium. C. de incestu nupt.* firmante auum, neporem ex filio spurio instituere non posse: quemadmodum nec ipsum potest filium, quem commendans. *sequitur Alexand. in d. l. Gallus. §. quid si is, col. penult. versic. secundo limita. ff. de liber. & posthum.* & pro singulari refert ibidem Iasoo. *col. penultim. vtraque lectu. & Fulgos. consi. 23.* Nec hoc mirum, quia vbi ab intestato exclusus est filius, ibi etiam ex eo est exclusus oepos. *Odofredus, Cynus, Salicet. & alij. in d. l. fin. C. de natur. libe. cum aliis, quorum meminit Tiraquell. de Primogen. quæst. 12. num. 12. cum seq.*

37 Idem † probans resoluendum in nepote, ex fœmina, qui similiter dicitur exclusus, quoties statuto, aut lege contractus, fœmioa est exclusa. Quæ est in sententia Cyni *in l. 1. col. 20. quæ sit long. consuetu. versic. circa hæc quæro.* In cuius fauorem quamplurimo Dd. eo loco refert Tiraquel. & Pinellus *in l. Si viua matre. C. de bonis mater. num. 19. & supra dixi. quæst. 17. num. 52.* Obsta enim illi radix infecta, & medium corruptum. *Bald. in authen. si quas ruinas. prope finem. C. de sacrosanct. eccles. Gome. in l. 40. Tauri. num. 41.*

38 His † non obstantibus Bart. *in d. l. Gallus. § quid si is. ff. de liber. & posthum.* contrarium resoluit, imo quod nepos legitimus institui hæres ab auo recte potest, licet eius pater non possit. Coocordat Bal. *lib. 5. consi. 363. num. fin.* quem & Corne. ad id citauit Cotta, *verbo, nepos, col. 364. versic. in nepote. tradit Bertrand. lib. 3. cons. 96.* quæ celebrior opinio est, *teste Corneo, lib. 3. consi. 1. versic. circa sextum. a num. 24. & consi. 25. lib. 1. Federic. consi. 37. Alexan. consi. 74. lib. 3. & in d. §. quid si is.* quamplures citans Tiraquell. *de primogen. quæst. 12. num. 15. Couarruu. de sponsa. 2. par. cap. 8. §. 5. nu. 13. fol. 171.* firmans communem, post Deciom *consi. 462. tradit post alios Iaso. in l. hereditas. C. de his quibus, vt indign. num. 7.* verioremm testatur Paleotus *lib. de nothis. cap. 53. num. 2. cum sequen.* & videtur esse huius sententiæ in promptu ratio, si consideres, quod patris delictum filio non solet nocere, extra ea, quæ illi a patre non obueniunt, sed aliunde proficiscuntur, *l. 3. ff. de interd. & relega. l. emancipatum, in fine. ff. de senator.* Quocirca deportato filio licet pater nihil possit relinquere, *l. 1. C. de hared. instit.* nepotibus tamen ex eo relinquere, & quoduis mandare recte potest, *l. 1. §. fin. ff. de bonor. posse. contra tabul. l. si necem. §. si deportatus. ff. de bonis liber.* Quo argumento hæreticus pater filio quoad successionem impedimeoto non est. *l. cognouimus, & in auth. sequ. C. de heret.* non etiam patris ingratitudo nepoti obstat, quo minus aduersus aui testamentum bonorum possessionem, petat. *l. 3. § si emancipatus. ff. de bonorum posse contra tab.* Caue tamen, quoniam hæc argumenta, & similia, quæ in fauorem Barto. adduci possunt, dilui posse facile videntur, si attenderis, quod in quæstione quam tractamus, agitur de submouendo nepote, ex defectu aui, qui reprobum filium naturalem procreauit, aut spurium, contra legis diuioæ, & humanæ prohibitionem. Qua ratione, vt Bald. sententia habet, in eo punitur, quod nepotem, ex tali filio procreatum hæredem sibi facere non valet, cootra naturale votum, quo quisque posteris omnia sua bona parat. *l. Scripto in fin. ff. vnde liberi.* Quæ ratio cessat in argumentis sup. proxime pro Bartol. relatis, io quibus auus nihil prorsus commisit, quoniam solus filius est, qui peccauit, cuius delictum nepoti, secundum nostri iuris regulas oocere oon debet, *ex regula, tituli. C. ne filius pro patre.*

Quamobrem, † vt hæc Barto. receptior sen- 39
tentia defendi valeat, iotelligi necessario debet, eo casu, quo nepotis, non filii cootemplatione motus auus nepotem hæredem fecit, *vt post Aymo. lib. 1. consi. 84. & quosdam alios resoluit Couarruu. in d. 2. par. de spons. cap. 8. §. 5. numer. 13. versic secundo ex his.* Quod placuit Corneo, *lib. 3. consi. 1. num. 15. col. penul.* resoluens id obseruandum, quando auus clausulam adiecit, ne quid filio acquireretur, & sic nec vsumfructus, in qua specie omois cessat fraus legis, quam in fraudari intellexit Bald. cum spurii filius legitimus instituitur, qui patri omnia acquirit, *per l. Placet. ff. ac quir. heredi.* & hodie vsumfructum *per l. 1. C. de bonis ma & l. cum oportet, de bonis qua liber.* & ita hæc sopitur controuersia, & ad concordiam reducitur, vt tuoc demum institui nepos legitimus possit a filio spurio procreatus, cum pater ex eadem institutione nullam est consequoturus vtilitatem, in qua specie omois cessat legis fraus, quæ spuriis quicquam relinquere prohibet: In quo omnes conoenire interpretes in d. loco testatur Coroeus, & consentit Couarruu. iam citatus.

Ex † quibus vtiliter infertur ad casum, qoem 40
tractamus, nominari ad emphyteusim ecclesiasticam nepotem legitimũ recte posse, & si pater illegitimus quidẽ sit, si eam sequaris sententiam, quæ Bal. placuit vsumfructum emphyteusis, quã filius habet, ad patrẽ non pertinere, vt nomioatim Bal. adnotauit *in l. 1. C. de bonis mat. in fin.* cuius ad id meminit Soarez *in quæstione maioratus, col. 2. versi. præterea fol. 188.* Cuius opinio in emphyteusi ab ipso Rege cõcessa, tutissima esse videtur, quoniã oominatus

neposa principe, non ab auo nominante dicitur capere, *per l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* Concessorum vero a prioeipe pater vsumfructum non habet, quia quasi castreosia reputantur, *secundum adnotata in l. cum multa. C. de bonis quæ libe. tradit Gomez. in l. 48. Tauri. num. 4. Gregor. Lopez. in l. 7. titu. 17. Par. 4. glo. pen. Duennas, regula 363.* idque in feudis a Rege concessis, ex auctoritate Iserniæ obseruandum Soarez *in d. col. 2.* placuit, in præcitata quæstione, maioratus, vbi alios idem probantes refert. *& fol. seq. col. 1.* hanc traditionem ad omne feudum aduentitium extendit, & post Claudi. voluit Zasius, *lib. feudorum. num. 44. vol. 6. fol. 187. Afflict. in c. 1. de his qui feudum dare poss. num. 64. & in c. mulier, si de feudo fuer. controu. nu. 20. & in c. 1. in fine prin. de benef. fœmi. & in c. fin. nu. 16. de fratre de nouo feudo. tradit Curt. lib. feudorum. 2. par. 3. par. nu. 46. Bald. in l. cum oportet. col. pen. ad finem. C. de bonis qua lib. & in c. 1. §. 1. de duobus fra. num. 6. & ibi Prepo. col. 2. versi. circa istam.* Ex quibus hæc sane videtur tenenda sententia. Quibus adde Ascanium *lib. de patria potestate effectu. 2. num. 41. limi. 7.* Licet oppositum resoluat Valascus *de iure emphyt. q. 38. nu. 28.* nulla suffultus auctoritate, aut certa iuris ratione, sed eo tantum argumēto motus, quod ex nostris nonnulli auctores feudi vsumfructum patri coocedūt. Quo similiter idem ait in emphyteusi obseruādum. Quæ mihi absona prorsus sententia non videtur: quuniam & si plurimi probēt feudi vsumfructum patrem non habere, singulari quadam ratione nituntur, quia feudum ob bellicum seruitium domino impeodendum conceditur. Qua ratione, inter quasi castrensia bona coonumerati recte potest: Quæ ratio in empbyteusi proculdubio cessat, ideoq; ab ecclesia, vel quauis alia persona concessa, nihil commune cum bonis castrensibus habet, eaq; ratione nihil patri obstat, quo minus vsumfructum petere possit.

41 Quocirca, † quia frequētius agitur de emphyteusi ecclesiastica, cuius vsusfructus cum ratione patri coocedi potest, necessario exquirendum est, vtrum Bald. argumentis modo aliquo responderi potest, quo possimus, secundum Bart. sententiam respondere, nominari nepotem posse, quamuis eius pater vti odiosus, & indigous nominari nullatenus potuerit. Et Corneus *in d. lib. 3. cons. 1. post nu. 25.* & Paleotus *lib. de nothis c. 53.* respondere Bal. conantur, & eius sequacibus. Quod enim Bal. ait nepotem patris sui macula aspergi, non mious, quā ramum a radice infecta procedentem, sane intelligi potest, secundum iuris. ff. tempora, & sic antequam edita fuisset, *d. l. fin. C. de natu. libe.* vbi ea semota consideratione radicis infectæ, Imperatori placuit, nepotem legitimum filii naturalis, non obstaote paterno vitio hæredem institui recte posse, a quo quidem tempore cum id Imperatori placuerit, nulla iuris ratio patitur filii incapacitatem posse nepoti obiici. Consonans enim iuri, & rationi Imperatori visum fuit, paternum vitium in filio ex eo peccato nato, non in nepote cobibere, eaq; ratione sublato patris impedimento, (quod nepoti ante *d. l. fi.* obicem faciebat, quia nulla lege prohibitum reperitur posse nepotem legitimum, ex filio naturali natum hæredem instituti) recte institui potest, *argumento l. extraneum. ff. de hered. instit.* Quo argumento in spurio ita nominatim respondet Bald. *in cons. 363. nu. fin. lib. 5.* & Paleotus, qui illius non meminit, *in d. c. 53. nu. 4.* idque secundum communem sententiā procedere mihi persuadetur, ex auctoritate gloss. fin. *in d. l. fin. C. de natura. lib.* illum tex. ampliantis, vt procedat etiam in nepote ex spurio filio procreato, in quo ibi a Dd. commendatur, & a Bar. *in l. fin. ff. de his quibus vt indign. nu. 7. & cons. 118. Cepola, cautela. 281. nu. 5.* Vndo plane dissoluitur Bal. argumentum hisce temporibus post editam *d. l. fin.* ad rem istam, neutiquam facere, siquidem per *d. l. fin.* vitium filii nepoti obiici non potest.

Quod autem de Adami primi parentis peccato, & macula obiicitur, vniuersam posteritatem contaminante, Corneus *in d. cons. 1. lib. 3.* dicit oon obstare. & addit solutionem: sed illius solutio oon prorsus tollit argumeotum: Nam quemadmodū Adami macula omnes descendentes aspersit, ita in casu nostro detestabile incontinentiæ vitium aui, non modo filio inde nato, sed omnibus inde descendentibus obesse debet, ne quo modo bona aui capere valeāt, in quo ille non minus, quam descendentes plectuntur.

Quare † illud argumentum Adami frustra adducitur, iudicium quippe Dei continet, cuius nobis arcana perscrutari fas non est: vt idē Corneus adnotauit *lib. 1. cons. 25. col. 3.* argumento. *c. duæ sunt. 19 q. 2.* quæ etiam parum satisfacit solutio. Sed eius rei ratio inde profluere videtur, quia omnes Mortales sub ea cōditione, & reatus crimine in lucem prodierunt, vt primi parentis conditionem sortirētur tanquam filii eius, qui maiestatem Diuinam læsit, quo forte exemplo lex, *quisquis. § filij. C. ad leg. Iuliam maiesta.* contra vulgata iuris præcepta, læsæ maiestatis pœna reorum filios afficit. Quæ ratio in casu proposito cessat, quoniā nepos patris spurii conditionem non sequitur, siquidem ex legitimis nuptiis procreatus legitimus nascitur, & in lucem prodit, legitimorumq; iura nanciscitur, parenti negata. Quocirca mirum non est, si quod patri propter illegitimitatē negatur, filio seu nepoti, qui legitimus est, concedatur. Sed diuersum obtinet in Adamo, cuius omnes conditionem eandem patimur, & secūdum eam nati infortunium, & peccati pœnam luimus. 42

Quod vero Bald. inducit, secundum Bart. sententiam, *l. inter dicentes*, ne quid spuriis & illegitimis relinquamus, fraudem fieri, siquidē mediante nepotis persona omnia, quæ habemus filiis spuriis de iure. ff. concedimus, per *l. placet. ff. de acq. hered.* secundum vero ius. C. saltem vsumfructum, *per l. 1. C. de bonis mat. & l. cum oportet. C. de bonis qua libe.* vtiq; vrgere videtur? Quare hic labor, hoc opus est. Obstat enim regula, *cum quid, de regu. iuris.*

Ceterum † Corneus *in d. lib. 3. cons. 1. col. pen. post nu. 25.* huic argumento respondēs ait, cessare quoties auus propria ipsius contemplatione, non filii nepotem hæredem scripsit, & consequenter prohibuit, ne quo modo etiam vsusfructus filio acquiratur, in qua specie Bart. senteotiam probat, & post alios Aymon. *cons. 184. Gomez. in l. 9. Tauri. n. 17.* & quasi indubitatum firmat Couarr. *de sponsa. §. 5. c. 8. nu. 13.* Nec mirum, quia secū dum hunc sensum, omnes conuenire *d. col. pen.* testatur. Porro vbi hoc ita ab auo cautum non est, Corneus innuit oppositum obseruandum esse, ex argumento Bald. omnino necessario, & concludente. 43

Sed

44 Sed † contrarium etiam in hac specie Bart. & Dd. communiter contra Bal. obseruandũ docent intelligentes, quod in dubio auus semper videtur nepotem propria, non filii contemplatione hæredem facere, secundum quod habetur *in l fin. C. de vsufruct. & in l. si vero. §. 1. ff. mandati*, firmat Paleotus *in d. c. 53.* & Gomez. comprobans *d. l. 9. Tauri. num. 17. versi. si vero sumus.* Aliter inducetur auũ deliquisse, fraudemque legi fecisse cõtra l. mento, pro socio. denique viam elegisse, qua omnis dispositio corruat contra *l. si miles. ff. de mili. testam.* Bart. & alii, qui illum sequuntur, conueniunt, filii contemplationem cessare, cum ab auo nepos hæres instituitur. quod sufficere Paleotus putat *in d. c. 53.* Couarruu. & Aymon sup. citati, simpliciter resoluentes, sufficere contemplatione nepotis institutionem fieri, nisi de contrario liqueat, quo casu cum in fraudem legis institutio fiat, illa irritatur.

Nec obest (inquit Paleotus) vsumfructum saltem filium esse obtenturum, quia in iure nostro id tantum, quod principaliter agitur, attendi debet, non quod per consequentiam cõtingit. Instituens enim auus nepotem id principaliter intendit, quod ille rerũ suarum fiat dominus, per regulã *l. cum hæredes. ff. de acq. poss.* & quamuis verum sit, aliquando in iure nostro extrinsecus contingentia considerari solere, ad percipiendam mentem & defuncti disponentis voluntatem, *argumento l. si militi. & l. si forte. ff. de castrens. peculio. Alexa. in l. qui filiæ. §. in arrogato. ff. de vulga.* illud tamen procedit, quando eæ coniecturæ ab extrinsecis factæ dispositionem non vitiant, quoniam tunc sedulo respuendæ sunt, & contemnendæ, cum vitiant. *l. 3. C. de testam. milit.* Quamobrem ea coniectura (per quam dicit Bald. videri factam fraudem legi, quia filius vsumfructum saltem consequitur) vtique tanquam extrinseca, & vitians submouenda omnino est, quasi nec id per somnium auus intellexerit, eo maxime, quia iam hodie omnia ab auo in nepotẽ collata aduentitia censentur. quasi ipsiusmet nepotis merita respicientia *glo. & Bar. in l. qui in aliena. § interdum. ff. de acq. hæred. & in l. quæsitũ. ff. de leg. 1.* præsertim si ea sint, quæ nepoti auus omnino præstare nõ tenetur. *Alciat. regula. 1. præsump. 17. num. 3.* Ex quibus, & si filius consequatur huius hereditatis vsumfructum, impedire nepotis institutionem non potest, quoniam eum vsumfructũ magis, ex dispositione legis patriæ potestatis iure, quam a patre consequitur *l. ita fidei. §. fi. ff. de iure fisci. Bal. in l. eam quam. C. de fideicomm. nu. 54.* Dummodo id auum in fraudem fecisse non probetur, vt prædiximus *l. Lucius. §. fin. ff. de leg. 1. Alex. & Iaso. in l. 6. ff. de vulga. tradit Paleotus, c. 43. & 53. num. 6. & 7.* Quæ sane fraus in dubio cessat, *secundum Alexan. consil. 51. lib. 2.* quia, *vt proxime adnotauimus*, per consequentiam, ex legis dispositione vsusfructus, non ex aui præcepto, aut voluntate defertur. *Felin. in c. multorum nota. 1. de Iudæis.* Aui enim intentio plena est nepoti prouidere, lex vero ex quadam identitate, & societate inter patrem, & filiumfamilias de iure initam vsumfructum patri concedit: quapropter fraudis suspicio omnino cessat, *Bar. in l. si is qui duos. ff. de lib. lega. Bal. in l. t. q. 14. ff. pro socio.*

45 Hæc † quamuis arguta nimis, & subtilis animaduersio videatur, & arridere admodum, mihi prorsus non satisfacit, consideranti in hac specie vsumfructum filium, secundum patris voluntatem capere. Eo ipso enim quod ille nepotem hæredem scripsit, consequenter voluit vsumfructum filium habere, ex regula *l. conficiuntur. ff. de iure codicillorum*, ibi, *Creditur pater sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem.* & ibi notant Dd. quod ab intestato decedente agnato vocati videntur proximiores, & secundum eius iu[illegible]ium succedunt, & si verum sit, a lege illis successionem deferri, secundum quã decedens intestatus videtur disponere, & cum ea se conformare, adeo, vt propterea hi ab intestato successuri grauari iure possint, vt in *d. l. conficiuntur.* habetur ibi. *& ideo fideicommissa dari possunt ab intestato venientibus.* & si verum sit, quod honoratos tantum a nobis grauare possumus, *l. ab eo. C. de fideicom.* Quamobrem, & si cõcedamus vsumfructum a lege patri, iure patriæ potestatis deferri, eo ipso quod auus illũ non interdixit filio acquiri, concessisse sane visus est, quasi se conformans cum legis eiuslis dispositione, secundũ quam patri aduentitiorum bonorum filii vsusfructus conceditur: aliter, si auus alterius fuisset mentis, & consilii vtiq; negasset filio hũc, de quo agimus, vsumfructum, quemadmodum & *in d. l. conficiuntur*, successionem negasset defunctus testans decedens.

Pomisse † autem patrem hanc vsusfructus acquisitionem filio interdicere crebrius preceptum est. per authen *excipitur. C. de bonis quæ lib. & in l. ea lege. C. de condi. ob caussam. vbi Bart. oppo. 3. Gome. in l. 48. Tauri. sub num. 10. Corneus lib. 3. consi. 42. in fi. Rimin. §. 1. instit. per quas personas. nu. 100.* Quocirca supra scriptæ traditioni vix accedere possum intelligens, in casu isto filium præter legis intentionem vsumfructum habere, quo ipsa magis spurium carere voluit, ne quo modo pater contra legem peccans illius beneficio fruatur, contra *adnotata in l. auxilium. ff. de mino.* secundum quam considerationem magis intentioni satisfecisset parens, si filio vsumfructum acquiri interdixisset, tantum abest. vt dicere valeamus a lege magis, quam a patre filium vsumfructum in hoc casu habere. 46

Quamobrem † rectius (meo quidem iudicio) 47 respondent ii, qui intelligunt in hac specie filium vsufructu carere, & si nominatim id cautum ab auo non reperiatur: tacite enim id voluisse manifeste ex eo deducitur, quod nepotis contemplatione, non patris testatus ille est, agnoscens capere ex bonis suis filium omnino nihil posse, stante legis ciuilis resistentia, & interdictione, secundum quam in dubio videtur testamentum condidisse, & nepotem propria contemplatione hæredem fecisse, & consequenter ne quid ad filium spurium ratione patriæ potestatis transitet, iuxta legis præcepta, & intentionem, quæ procul a paterna successione abiicit spurios, vt in specie post alios resoluit Gomez. *in l. 9. Tauri. nu. 17. versi. & ista.* firmãs id in effectu voluisse Bar. & sequaces *in d. §. quid si a. l. Gallus. ff. de lib. & posthum.* & confirmat, ex adnotatis *in l. proinde. §. fin. ff. de stipu. seruo. & in l. si cõmunis seruus meus, & tuus eod. tit.* vbi relictum, vel donatum seruo communi, illi domino insolidũ acquiritur, cui acquiri de iure potest, altero incapace existente.

Quę † vtilis profecto resolutio est, & adnotan- 48 da, secũdum quã nihil prorsus obstat nepoti, quo minus nominari ad emphyteusim ecclesiasticam

possit, siquidem legitimus est, & secundum concessionis tenorem, quæ fuit facta, *pro eo, qui nominabitur*, tanquam quilibet extraneus recte nominari potuit, quæ mihi traditio verissima esse persuadetur.

Ceterum Paleotus *in d. lib. de nothis c. 53. nu. 8.* vtiliter obseruauit Bart. sententiam, & communem, procedere, etiam si constet patentem, contemplatione filii nepotem instituisse, volentem ad eum hæreditatem, aut saltem vsumfructum eiusdem peruenire, quoniã (inquit) ea sola filii spurii charitas & affectio nepoti legitimo obesse non debet, *l. fin. de his quibus vt indignus. l. Affectionis. ff. de donatio.* & quia quoties duobus aliquid relinquitur, aut donatur, incapacis pars coniuncto accrescit. *l. si is qui duos. ff. de lib. lega.* Quod huic casui, quem tractamus, eo maxime accommodari potest, quia si recte cõsideres, nepoti relictum vti principale cõsiderari debet, filio vero vti accessorium, & per quandam consequentiam, quare huius incapacitas illi nocere non valet. *l. post legatum. §. qui principale. ff. de his, quibus vt indign. l. Papinianus. § sed nec. ff. de inoffi. testam.* Cõuenit Bar. *in l. Filius. ff. de dona. caussa mortis.* resoluẽs, quod vbi quid filio legatur, & dubitatur vtrũ patris ipsius contemplatione, & intuitu relictum sit, capacitas patris attendenda est, & consequenter illo incapace existente, totum filio legatum tribuendum est. Quæ resolutio contra communem est, secundum quam parens contemplatione filii instituẽs nepotem, nihil agit, fraudẽ quippe legi facere voluit, vt post alios resoluit Aymon, *lib. 1. cons. 184.* & Couarr. quasi indubitatum tradit, *de sponsa. 2. par. c. 8. § 5. post nu. 13. versi. secundo.*

49 Limita tamen † hanc Bart. & communem sententiam, non procedere in nepote ex filio incestuoso, quem auus hæredem sibi facere nõ potest, *secundum Bald. in l. si quis incesti. C. de incestis nup. per tex. ibi*, quem Bald. dixit esse vnicum *in c. in præsentia, nu. 35. de prob.* & verum meo sane iudicio dixit, quia in ea *l. si quis incesti* Imperatori placuit, contrahentes incestas nuptias filiis inde susceptis, nec per mediatam personam quicquam relinquere posse. Imo nec testari illis permissum, nisi in fauorem filiorum legitimorum, & descendentium ex eis, ascendentium etiam, ac fratrum, si quos habent: non cuiusque alterius personæ: vt ibi Imperatori placuisse manifeste liquet. Qua ratione, inquit Bald. quia personæ, in quarum fauorem testari incestuosi possunt, ibi sunt expressæ, & numeratæ, necessario resoluendum est, ceteras omnes exclusas esse, & consequenter nepotes legitimos ex huiusmodi filiis incestuosis natos. Inclusio enim expressorum, aliorum est necessario exclusio. *l. maritus. C. de procurat. c. nonne ff. præsumpt.* Quod igitur *in fi. C. de natura. lib.* scriptum est, filium naturalem impedimento non esse nepoti legitimo, intelligendum in naturali, aut simpliciter spurio, non vero in incestuoso, cuius descendentes omnino sunt intestabiles. *sequuntur Bald. Corsetus, in singu. verbo hæres, Hippo. sing. 143. Alex. in l. Gallus. §. quid si is. ff. de lib. & posthum.* & est communis resolutio, *secundum Salic. in d. l. si quis incesti. & Corne. cons. 25. lib. 1. Couarr. in d. lib. de sponsa 2. par. c. 8. §. 5. num. 17. versi. hac autem. concordat Paleotus, lib. de nothis. c. 53. num. 9.* licet leuibus quibusdam fundamentis contradicat Iaso. *in d. l. Gallus. §. quid si is. num. 25. cum seq. ff. de lib. & posthum.* Quare ab illo Baldum sequuti ceteri interpretes recedunt, *& Cotta in suis memo. verbo, nepos. col. 364. in prin.*

Ne † tamen ignores, qui dicantur incestuosi, scias oportet illos esse, qui ex consanguineis nati sunt, coniunctis eo gradu, in quo matrimonium contrahere neutiquam valent, *vt habetur in l. adulterium cum incestu. ff. de adulter. glo. rubrica. C. de incestis nup. Bart. de success. ab intest. col. 2. in fin. num. 13. Praepos. in c. per venerabilem. §. 1. qui filii sint legit. nu. 12. Ludo. a Sardis, lib. de legitima. c. de superiorum appe. Couarr. de sponsa. 2. par. c. 6. §. 8. num. 1. fol. 91.* qui ibidem *num. 18.* notabiliter probat, hac in re attendendam esse iuris canonici dispositionem, ad quam lex ciuilis referẽda est, *ex adnotatis in c. & si necesse. de dona. inter vir. & vxor. vbi Pan. & Cardi. & Prapo. Alex. in l. Si auia, in fi. C. de successo. edicto. Decius c. 2. col. 2. de testibus. & in cons. 158.* qui hanc testatur communem. Nec credas hunc articulum ad solos natos ex consanguineis referendum esse, quoniam & ad natos ex affinitate coniunctis pertinet, eo sane gradu, quo matrimonialiter coniungi non valent, *vt habetur in c. lex illa. § incestus. 36. q. 1. Couarruu. in d. §. 8. nu. 1. conuenit glo. verbo, sazer, in l. 1. tit. 8. lib. 4. Fori legum.* vbi idem probat in natis ex nouerca, priuigna, commatre, aut nuru. 50

Quo † argumento idem videtur respondendum in filio sacerdotis, seu clerici in sacris, qui similiter incestuosus dicitur, *secundum glo. & Bald. in l. 2. C. de episc. & cler. versi. vltimo nota. & ibi Paulus, in l. 1. num. 10.* & est communis legistarum resolutio, *teste Grilando, de pœnis, omnisa. coitus. q. fin. num. 3. lib. 3. tracta. fol. 156. Rolan. cons. 98. num. 8. lib. 1. Ioan. Nico. in enchirid. benef. pag. 118. post num. 40.* hanc esse communem post Griland. iam citatum firmat practica Conradi. *fol. 341. post num. 13. & 376. num. 11. Concordat Ludo. lib. de reprobatione sententia Pilati. §. & hac. num. 76. lib. 52. tracta. fol. 73.* inferens proinde huius criminis absolutionem reseruatam esse episcopo *per glo. c. 2. de pœnis in 6.* 51

Cuius tamen oppositum, imo quod sacerdotis filius spurius tantum sit, non incestuosus, nominatim post Cyn. sibi contrarius voluit Bald *in l. si quis incesti. C. de incestis nup. versi. quæro nunquid.* sic limitans tex. ibi, vt non procedat in filio sacerdotis. Concordant Cyn. Petrus, & Salic. *in d. l. 2. C. de episcopis, & cleri. glo. in l. quod vulgo. ff. de statu. homi. Bald. in c. in præsentia. col. pen. de proba. Prapo. in c. Per venerabilem. §. 1. num. 11. qui filii sint legit. Alexa. cons. 74. col. 1. lib. 2.* vbi dicit, clericũ nullos alios habere posse filios, quam spurios, tradit hanc opin. probans Baptista, *in l. si qua illustris. C. ad Orficia. post nu. 15.* firmans hanc sibi veriorem sentẽtiam videri. Concordat etiam Anna. *in c. significanti, de adulter. idem in c. cum dilectus. de accusat.* firmans glo. opinionem *in d. l. 2. C. de episc. & cleric.* esse a libro C. abradendam, & hanc etiam opinionem magis probat Feli. *in d. c. cum dilectus. num. 6. & ibi Aretin. & in c. at si clerici, de iudi. num. 14.* qui alios citat.

Et † fuit sententia glo. *in d. c. per venerabilem, verbo, adulterinis,* quæ adulterinos sacerdotum filios appellat, & sequitur ibi Pan. *num. 32.* communiter recepta, secundum Conarr. quem citat Iulius Cla. infra proxime citandus, & Plaça, *in sua prax. lib. 1. c. 41. num. 31. & Hosti. in summa, de cohabi. cleri. §. quam pœnam.* firmana, quod clericus committit adulterium, & sacrilegium, probat Pan. *c. vt clericorum n. 2.* 52

de vita,

de vita, & honesta cleri citans Paul. *in Clem. 1. de off. ord.* quorum sententia magis probat, hos filios spurios esse, quam incestuosos Spurius enim nomen est generale omnibus illegitimis conueniens, quasi sine puritate natis, quare Pan. *in c. innotuit, n. 19. de electi.* hos filios spurios appellat, & quod non sint incestuosi, firmat Afflict. *lib. 1. constitu. 1. rubrica 89. num. 3.*

53 Vbi † plus dicit, imo quod sunt naturales citat Cardi. & Imolam dicentes, quod clerici committunt simplicem fornicationem, pro qua opinione facit text. *in cap. quia circa, de bigamis*, ibi, *tanquam simplici fornicationi*, ex quibus sane hæc secunda opinio receptior videtur, vt nominatim testatur Corsetus, *in singu. verbo, fornicatio*, quem videas, & post Alex. *in l. Gallus §. quid si is col. fi. ff. de libe. & posth.* Soarez, *in l. 9. tit. 11. li. 1. Foro legum col. 2.* hanc esse communem, firmat Iulius Clar. *lib. 5. senten. verbo, fornicatio col. 5. versic. cum presbytero post Bossium, tit. de coitu. damnato n. 10. & 15. Mencha. de success. resolu. §. 22. n. 50.* concordat Iulius Clarus *in d. lib. 5. verbo, incestus, post prin.* firmans, quod ista est veritas Couar. qui hanc opin. probat, *de Sponsa. 2. par. c. 8. §. 5. n. 14.* intelligens proinde ex filio sacerdotis legitimum nepotẽ recte ab auo institui posse, quia incestuosus non est, secundum propriam verbi significationem, ad quam restringi debet, tanquam pœnalis dispositio text. *in d. l. si quis incesti. C. de incestis nup.*

Verum propter auctorum varietatem, qui vtramque sententiam communem esse testantur, atque etiam vtriusque partis auctoritatem, Grilandus *in d. lib. de pœnis omnis fa. coitus q. fin. n. fi.* arbitratur primam opinionem, quæ inter legistas receptior esse videtur, in terris imperii obseruandam esse. Intelligit vero secundam a Canonistis magis probatam, in terris ecclesiæ sequendam fore, quæ notabilis sane concordia est, quam ego hactenus a quopiam, quem legerim, improbatam non repetio, secundum quam sane resolutionem in his Regnis obseruanda prior sententia videtur, gloss. scilicet, *in d. l. 2. C. de episcopis, & clericis, verbo, filii.* cuius in his Regnis maxima est auctoritas, ex *l. Reg. lib. 2. titul. 5. §. 1.* ibi, *Mandamos, que se guarden as grossas de Accursio.* Cuius etiam auctoritas a nostris interpretibus magno in pretio haberur vt est videre per Iaso. *in l. vt vim ff. de iusti. & iure n. 34. Panor. in c. Capellanus, de feriis Ioan. a Garro in auth. ex testa. C. de secun. nup. n. 47. Frederi. in Viridario conclu. 50. Auiles. in cap. pretor. c. 1. verbo, fiel. n. 15. vers. item fallit*, respondens gloss. sententiam sequendam esse, & si opinio communis aliquando refragetur. Cum itaq; filius sacerdotis, secundum receptiorem legistarum sententiam incestuosus sit, consequens est, secundum dispositionem, *l. si quis incesti. C. de incestis nup.* eius filium legitimum ab auo hæredem institui nõ posse, in odium tanti crimis, & consequenter non posse ad emphyteusim ecclesiasticam nominari, videtur resoluendum.

Quod ego vix probare possum in terminis huius §. 4. in quo emphyteusis fuit concessa, *pro eo, qui nominabitur*, quo casu cum nepos sit legitimus, & ecclesiæ minime odiosus, proculdubio posse nominari intelligerem, quoniam ab auo hoc casu capere non dicitur, sed ab ipsamet ecclesia concedente, quæ non consentit nepotem, ex legitimo matrimonio natum patris iniquitatem portare, *ex his quæ paulo ante resoluimus.* Quamobrem in re tam dubia, benignior Canonistarum opinio probanda videtur, secundum quam filius sacerdotis, vel naturalis tantum, vel spurius non incestuosus dici potest, secundum quam opinionem, etiam emphyteusim hæreditariam huic nepoti legitimo auus relinquere potest, quoniam & eum potest hæredem instituere [illegible]us tamen oppositum obseruari debet, si glossæ *in d. l. 2. C. de episcopis & clericis*, opinionem obserues.

Vlterius † posse nepotem ex filia spuria legitimum natum nominari, constans, meo iudicio, sententia est, quoniam in hac cessat ratio Bald. negantis nepotem ex filio institui posse, ne per indirectum mediante persona a nepotis spurius filius rem ipsam, vel saltem vsumfructum consequatur rerum parentis, quæ sane ratio in filia cessat, quia patria potestate caret, & vsufructu bonorum filii, vt manifestissimum est. Quamobrem omnis in hoc casu hæsitandi occasio tollitur, *vt adnotauit Gome. in l. 9. Tauri n. 17. vers. ex quo infertur* resoluens, quod nepos ex filia spuria, quæ omni vsusfructus commoditate caret, institui hæres recte potest, quemadmodũ, & ex filio spurio natus cum clausula, quod nihil patri acquiratur *vt ibidem prius glo. adnotauit.* Idque obseruandum esse censemus, etiamsi simpliciter nepos, omissa dicta clausula hæres scriptus reperiatur. 54

Porro † in eo loco Gome. versic. *ex quo* vtiliter infert, sacerdotem, & quemuis alium parentem, qui filium habet spurium suarum rerum incapacem, posse eiusdem filii vxorem hæredem scribere, & inter viuos eidem pro libito donare, & econuerso mariro spuriæ filiæ, idque se aliquando iudicasse testatur, nulla alia prorsus ratione, aut auctoritate fretus. Ego hanc doctrinam, sine difficultate admitto, vbi nulla inter coniuges datur bonorum communicatio, in qua specie, donatum nurui, quia illius fit præcipuum, nec vllam filius consequitur vtilitatem, sane tanquam extraneæ personæ donatum, aut relictum validum esse, commode defendi potest, quia cessat omnis fraus, & obiectio incapacitatis mariti, quam portare minime decet vxorem, quemadmodum, & proxime resoluimus, ex regula *l. fin. C. de natu. lib.* in nepote legitimo, qui patris iniquitatem non portat, vbi illi nec acquiritur vsusfructus, secundum quod paulo ante resoluimus vbi diximus, contrarium fore obseruandum, si vsusfructus saltem parenti spurio esset acquirendus, quoniam tunc, quod filius ex persona propria acquirere non potest, nec per interpositam personam filii donante, aut relinquente auo assequi valet, vt probat Imperator in *l. 1. Cod. de natura. liber.* ibi, *siue per interpositam personam & in l. Si quis incesti. C. de incestis nupt.* ibi, *Nec per interpositam quidem personam.* 55

Quo argumento in his Regnis, in quibus inter coniuges contrahitur quædam generalis omnium bonorum societas, & communicatio, iuxta formam l. Reg. *lib. 4. tit. 7.* vtique periculosa redditur Gometii traditio.

Nisi † eam probes cautelam instituendi filii spurii, vel ei donandi, quam scripsere, Vber. & Dinus, *in l. Si is qui duos ff. de libera. lega.* resoluentes, legum prohibitionem, qua filiis spuriis, quicquam prohibemur donare, & relinquere: intelligen- 56

dam esse, quando illis directe donamus, non sic quando eorum sociis, vt contingit in eo casu, quo filius spurius omnium bonorum societatem contraxit cum Sempronio, cui parens centum aureos mutuo dedit, & postea liberationem legauit, proderit haec debiti liberatio, etiam filio spurio ratione societatis, cum Sempronio initae, quod sane illius l. argumento illi probant, non sine ratione, si ad illius verba attendamus quae sic se habent: *Si is, qui duos reos promittendi habuit, damnauerit heredem, vt vtrosque liberet, si alter, ex his capere non possit, nec socii sint, delegari debebit is, qui nihil capit, et cui hoc commodum lege competit, cuius petitione vtrumque accedit, vt & hoc commodum ad eum perueniat, & is qui capit liberetur. Quod si socii sint, propter eum, qui capax est, & ille capit per consequentiam, liberato illo per acceptilationem. Id enim eueniret, etiam si solum capacem liberare iussus esset.* Verba sunt formalia Pauli Iureconsulti, quibus sane docemur, incapacem ratione adiuncti consocii, capacem fieri, vt ex illis verbis plane deducitur, *quod si socii sint, &c.* Quandoque enim in iure nostro per adiunctos acquirere possumus, quod per nosipsos non valemus assequi, *vt habetur in l. & post rem §. 1. ff. de transact. & l. Aristo. quae res pigno. oblig. poss.* hanc probant Peralta, & Duennas, de quibus *infra numer. 60.* tradit Barba. *in capit. si heredes numer. 4. de testamen.* vtiliter resoluens, iudicem ecclesiasticum posse aduersus laicum executorem testamentarium procedere, quando in testamento simul adsunt legata pia, & non pia. Ratione enim adiuncti, & sic piorum intelligit posse illum compelli etiam circa non pia, & sic existimat conciliandam fore maximam illam controuersiam e ortam inter Innoc. *in ca. nos quidem de testam.* (vbi firmat etiam, quoad non pia, sed mere profana legata esse iurisdictioni ecclesiasticae subiectum testamentarium executorem, quae fuit sententia, *gloss. 2. in c. si heredes, de testam. Archid. in c. Syluester. 11. q. 1. Ioan. Andr. in c. Ioannes. in fin de testam. Panor. in d. c. si heredes, n. 7. Rolan de testam. rubr. 4. nu. 4. & 5. Syluestri. in summa, verbo, testamentum in 2. quaest. 8. n. 3. Ange. verbo, executor num. 13. Tiraquel. de morte 7. par. declara. 5. n. 8. & 9. dixit communem Anton. in d. c. Ioannes, & Alexand. lib. 6. cons. 239. n fi. & Couar. in d. c. si heredes, post n. 3. concordat Afflict. in constit. lib. 1. rubr. 17. ante n. 13. Boer. q. 243. col. pen.*) & gloss. *in c. tua, de testam. Episcopis iurisdictionem* concedit, circa pia legata dumtaxat, non profana. Sequitur eam Anchar. *in c. si heredes eod. tit.* vbi Imol. & Barba. qui veriorem hanc esse probat *col. 5.* & in praxi obseruari post Cardi. *col. 2.* Barba. testatur, *in fine Alexandri. post Imol. quem refert, in cap. Syluester 11. quaestion. 1. Aufrer. ad Capellam Tholo. quaest. 51. gloss. l. 36. Tauri verbo, nuestras iusticias* quam scribentium varietatem concilians Barba. *in d. loco, post Ioan. Andr.* intelligit primam opinionem procedere, quando in testamento exequendo adsunt legata, non pia, simul cum piis: in qua specie (inquit) ratione adiuncti, & sic piorum legatorum episcopo conceditur, etiam circa profana iurisdictio. Cui accedit Firmius, *lib. de episcopo volu. 4. tracta. fol. 68. num. 34.* resoluens, quod ratione legatorum piorum, potest quilibet efficere, quod executor remoueatur etiam quoad profana & probare videtur text. *in ca. indicante, de testamen.* & clarius text. *in dict. l. Ioannes, eod. titul.* quatenus ait, aduersus laicum posse episcopum procedere, quia alium ille habebat clericum coexecutorem. *tradit, post alios, Maranta in sua praxi, fol. 218. numer. 19.* Facit & celebris illa doctrina Bartol. *in l. Praecipimus §. eodem obseruando, C. de appella.* vbi ratione adiuncti laicus efficitur, de foro ecclesiae, si simul cum laico delinquat, quam post alios, traditionem commendat Arnal. *in cap. quoniam, de hereti. lib. 6. q. 11. nu. 64. Parisius lib. 4. consil. 154. in princ.* nimis commendat & gloss. *l. 74. Tauri in gloss. fin. tradit per plura Barba. cons. 36. lib. 2 qu. 2. & Maran. distin. 11. n. 22. Socin. lib. 1. consi. 2. nu. 17. Feli. in c. 1. n. 6. prope fin. de praescrip. Socin. in l. cum senatus, ad fin. ff. de rebus dubiis Mathes. singu. 144. & Corsetus 73. tradit Menesius in l. 1. C. de diuersis rescriptis n. 6. & Bossius, in ti. de foro compe. nu. 20. & 112. cum seq. Perez in leges Ord. col. 746. Capitius q. 122. & 173.*

Quo † fit, vt socius, demeritus, propter bene- 57
meritum aliquando excusetur, *Corsetus in d. sing. 73. Cassaneus consil. 1. post numer. 44. cum seq. Iason. in l. fin. C. de colla num. 10.* vbi ponit 17. similia. *Hippoli. in l. de minore §. tormenta de qq. num. 11. & Feli. in cap. 1. de praescript. a num. 6. Georgius Natan. in cap. quamuis pactum, de pactis, in 6. solum. 53.* vbi ponit 26. similia, quibus sane posset haec doctrina exornari, *& ex Trio forensi. fol. 40 & Hippo singu. 180.* qui bene loquitur & Crotus *in l. 1. ff. de verbo obliga. num. 15. multa tradit etiam Ias. in l. imperium ff. de iurisd. omn. iud. a n. 3. & in l. fin. C. de colla n. 5.*

Ex † quibus profecto satis comprobatur, quod 58
diximus, posse nos quandoque per socium, & coniunctum assequi, quae per nos ipsos acquirere prohibemur, quod in specie tradit Alexand. *in l. 1. ff. de verbo. obliga nume. 29. Cassaneus in consuetu. Burgun fol. 219. in princip.* conducit text *in l. fin. ff. de libe. & posthum. & l. Si communem ff. quemadmodum seru. ami. gloss. l. fin. Codic. de muner. & honor. lib. 10.* vbi probat, quod socius fruitur priuilegio socii sui. Iuuat Felin. *in rubric. de appellat.* firmans quod vbi datus est iudex laicus, simul cum clerico, admitti debet appellatio ad summum Pontificem. *Cotta, verbo, compromissum si fiat. Purpura. in dict. leg. Imperium nu. 7. & 8. Maranta fol. 218. numero 18. & 20.* Non est itaque mirum, quod in casu, quem tractamus possit pater nurum instituere haeredem, aut illam ad emphyteusim ecclesiasticam nominare, si ex legitimo matrimonio nata est, quamuis eius maritus spurius sit, & illi dare, aut quicquam relinquere non possit.

Non enim illi videtur socer dare, sed nurui 59
principaliter, quamuis per quandam consequentiam illi acquiratur, vt Iureconsulto placuit *in d. l. Si is qui duos ff. de libera. lega.* ibi, *per consequentiam* scilicet, ob societatem initam, & communicationem inde sequutam. Societati enim dicitur hoc casu relictum acquiri per medium vxoris, cui relictum est *l. Si societatem vniuersorum ff. pro socio*, & per consequentiam sociis, & sic marito. Et est ratio, inquit Cepola, *cautela 38. versicul. 7.* quia huiusmodi donata, aut relicta vxori filii spurii, ipso iure non acquiruntur marito, sed ex post facto actione pro socio, venit illi sua pars praestanda *l. Societatem, iuncta gl. illo tit. ff. pro socio & l. 3. §. cum specialiter eod. tit.* Secundum quam considerationem spurius filius non capit, ex bonis parentis, sed magis ex rebus vxoris, quarum ille capax est. *§. final. in authentic. quibus modis naturales effic. sui.* Quo

argu-

argumento, & ratione eam Vbert. & Dini cautelam probat Cepola *in d. versicul. 7. cautelæ 38.* & Corsetus, *in singula. verbo, spurius, in 1. Hippo. in l. de minore §. tormenta ff. de qq. numer. 12. & Paleotus lib. de nothis cap. 45. numer. 1. concordant Bartol. Bald. & Palat.* quorum ad id meminit Couarru. *de sponsa. 2. par. cap. 8. §. 5. numer. 11. versicul. sunt & quidam* quibus adde Tiraquell. *libr. de retract. lignag. §. 26. gloss. 1. numer. 30. & 33 cum seq. Duennas, & Peralt. infra citandi versicul. sed an.*

59 Quæ † mihi profecto sententia periculosa semper visa est, & suspecta, maxime tam in foro conscientię, propter legis promptam fraudem, quam huiusmodi relicta, & donationes vix vitare possunt, quam exteriori. In quo Bartol. *in d. l. Si is qui duos* omnem fraudem amouendam censet, ex his quæ habentur *in l. Post contractum ff. de dona.* quam fraudem, in dubio, hoc casu inesse post Ludoui. adnotauit Cepola *in d. versicul. 7. cautelæ 38.* Ex eo hanc cautelam suspectam iudicans, quia & si concedamus vxori directo acquiri dominium rei donatę, & consequenter partem marito negare non possumus, quod id facit lege communicationis inuita, quare donare de suo, & ab ea capere, maritus dici non potest, *per notata in l. Donari ff. de re iudi.* Qua ratione donans nurui pater, sine dubio, pro parte dimidia donat filio spurio, & deinde nepotibus, si ille forte incestuosus est, contra supra resoluta, quod & si faciat per interpositam personam nurus, seu vxoris filii, fraude, ea donatio per suppositam personam non caret, *iuxta l. 1. Codic. de natur. libe. & in dict. l. Si quis incesti. Cod. de incestis nup.* Quocirca tanquam periculosa, & suspecta reiicienda huiusmodi cautela est, quam expresse improbat Couartu. *de sponsa 2. par. cap. 8. §. 5. numer. 11. versicul. ab hoc tamen consil. concordat Ludouic. a Sardis, lib. de legitima. filior. in cap. fin. numer. 8.* Quæ resolutio maxime procedit, si eam teneas sententiam, quæ habet, in his Regnis communicationem bonorum superlucratorum ipso iure communicari, vt docent Palat. *in rubric. §. 65 post numer. 11.* & eum referens Anton. Marc. *de tempo. cap. 10. post numer. 2. Baeça de non meli. filia. cap 11. numer. 206. & lib. de decimis tuto. cap 31. numer. 5.* quibus adstipulatur l. Reg. *lib. 4. titul. 7. ibi, posse velha.* Ex quibus profecto Gomezii traditio *in d. l. 9. Tauri. post numer. 19.* mihi suspecta redditur, nisi liquido constet omnem prorsus fraudis suspicionem cessare, quemadmodum contingit, quando filius spurius societatem contraxit, cum filio legitimo, vel alias ipsi parenti ab intestato successuro, vt in specie resoluit Paleotus *lib. de nothis. cap. 45. numer. 1. argumento l. Sed si plures §. in arrogato ff. de vulgari. citat & Bartol. in l. Si is qui ff. de liber. agnos. & Bald. in l. 1. C pro socio q. 14.* Debet tamen hæc societas generalis esse omnium bonorum, *per l. Si societatem vniuersarum ff. pro socio. Feli. in c. multorum, de Iudæis numer. 2.*

60 Sed † an nominari ad emphyteusim ecclesiasticam (de qua agimus) possit a socero gener, qui illegitimam filiam duxit vel econtra nurus, quæ nupsit illegitimo filio, vtique ex auctoritate Gomez. *in d. l. 9. Tauri. num. 17. versicul. ex quo & Duennas, regula 366. fall. 11. versicul. porro cum seq.* atque etiam Peralta *in l. qui duos numer. 3. ff de leg. 2.* respondendum videtur, quod sic, quia nominatæ personæ capacitas attendi magis debet, non socii incapacitas, vt *habetur in d. l. Si is qui duos ff. de liber. leg.* coniunctis his, quæ supra enarrauimus, quibus resoluimus, socii capacitate plerunque incapacem socium adiuuari quo argumento hi neoterici cautelam supra recitatam probant, resoluentes, proinde non obstante filii spurii incapacitate, recte eius vxorem posse hæredem institui: Ergo & ad emphyteusim nominari, quæ consequentia, & si tuta non sit, respectu hæreditatis, atq; bonorum patrimonialium, quæ in fraudem legis parens videtur nurui, aut genero dare, quo per communicationem ad spurium filium, vel filiam peruenient, *vt superius resoluimus:* respectu tamen emphyteusis, contrarium videtur resoluendum, siquidem de iure certum est, quod nominans, nudo tantum vtitur ministerio de suo nihil prorsus, quod ab eo capiatur, conferēs, sed a domino, qui concessit: *secundū adnotata in l. Vnum ex familia §. 1. ff. de leg. 2.* Quocirca quamuis huius emphyteusis vsumfructū, seu fructus, spurius per communicationē cōsequatur, ex re patris nihil prorsus dicitur assequi, & consequenter nihil obstat, quominus nurus, aut gener nominari recte possit, quæ vtilis est admodum resolutio, & in praxi, quauis alia in materia, frequentior est. *Sed an hoc procedat in emphyteusi a parēte pretio empta.* Vide supra scripta. *n. 25.*

Vlterius † quod diximus ad emphyteusim ecclesiasticam non posse nominari bastardum, qua si odiosum, indignum, & incapacem, ampliandum vtiliter est, vt non solum procedat in bastardo, ex emphyteuta nato, verum etiam ex ipsomet domino concedente, quod ex ratione supra proxime scripta deducitur. 61

Diximus enim, nominatum a domino directo, non a nominante capere emphyteusim (de qua agimus) *ex adnotatis in d. §. 1. l. Vnum ex familia ff. de lega. 2.* vbi id nominatim DD. notant: Qua ratione diximus, vxorem filii spurii nominari recte posse, quia nihil prorsus ex bonis parentis nominantis capit. Ergo consequens est, quod vbi ille a domino directo capere non potest, quod nominari ab emphyteuta non potest, quæ fuit sententia Bartol. *in l. fin. ff. de his quibus vt indig. numer. 7. tradit Firmius, de Episcopo 6. part. numer. 39. & Menesius, qui eos sequitur in d. §. si de falcidia, numer. 2.* cui adde, quod nec eius vxor hoc casu nominari potest, ex ratione præscripta.

Quod † tamen restringendum est ad terminos legis nostræ *in hoc* §. 4. qui agit de concessione facta in fauorem eius, qui nominabitur, quæ boni viri arbitrio regulanda est, ne odiosus, aut indignus nominetur, *secundum adnotata in l. Cum quidam ff. de legat. 2.* In qua specie vtique admittimus, filium illegitimum nominantis, qui ab eo capere non potest, & domino est odiosus (quemadmodum est ecclesiæ, bastardus) nominari non posse. Ceterum si domino directo odiosus ille non est, quia ab eo capit nominatus, eligi recte potest, licet filius sit nominantis, & spurius. *Paulus in l. Si is qui ex bonis numer. 5. ff. de vulga. & ibi Alexand. & Iaso. numero septimo in fine Peralta latius in l. Vnum ex familia in princip. ff. de lega. 2. numer. 27 cum sequent. & in l. Si quis Titio. numer. 14. eodem titul.* ex quo inferas ad dominum bastardum, de quo infra suo loco agendum erit. 62

Admittimus † etiam, illegitimum filium con- 63

cedentis, nominari non posse, quia quemadmodum ipse bastardus a patre directo domino, emphyteusim capere non potest, ita nec per interpositam personam, cui ille eligendi dedit potestatem, *vt supra diximus, ex auctoritate Bartol. Firmii, & Menesii*, quibus adde Paulum *in d. l. Cum quidam ff. de leg. 2. n. 1. Bald. consil. 162. in fine lib. 5. & Bald. etiam*, qui optime declarat *in l. Id quod pauperibus n. 34. C. de Episcopis & cleri.*

64 Ceterum † vbi libera fuit emphyteutæ eligendi, concessa potestas nominandi scilicet, *quem voluerit*, spurium eligere quidem poterit, & alias indignum, & incapacem, *iuxta l. Cum quidam ff. de legat. 2.* vbi hæc constituitur differentia inter potestatem liberam eligendi, & boni viri arbitrio regulandam: Ita nominatim resoluit Peralta *num. 5. in d. l. Vnum ex familia* §. 1. *Gama. q. 149. nu. 3. & q. 377. nu. 6.* Valet enim pactum, & statutum, quod spurius succedat, *secundum Decium cons. 271. nu. 12.* licet contradicat Gregor. Lop. *in l. 29. tit. 11. Par. 5.* Quod ego certe intelligo obseruandum etiam in emphyteusi ecclesiastica, imputare enim sibi ecclesia debet, quæ profuso sermone eligendi facultatem dedit: quod sane contemnendum non est in praxi.

65 Ex † quibus vtiliter est explicanda lex nostra Regia, *in hoc* §. 4. quatenus probat, naturalem filium, & spurium audiendum esse in defectum legitimorum, vbi nullus extabit, vt solum procedat quando parens decessit intestatus, quo casu, secundum ordinem successionis, legitimi excludunt bastardos: quod ita non erit obseruandum, quando ille nominauit spurium, aut bastardum: Nam cum hunc nominare recte potuerit: quia concessio facta est, pro eo qui nominabitur, & consequenter etiam pro spurio, si nominabitur, quia a domino capit, non a patre nominante, *vt supra resoluimus*, consequens est necessarium, quod sic nominatus ceteros excludit legitimos fratres. quod etiam adnotandum est, quoniam non desunt viri grauissimi, qui intelligunt, legem istam Regiam *in hoc* §. 4. quatenus emphyteusim concedit filiis naturalibus, & spuriis, iuris communis correctoriam esse, quod stantibus, supra scriptis liquet incaute dictum esse.

66 Referenda † ergo eorum sententia est, ad concessionem, pro filiis, factam, quorum appellatione legitimi tantum continentur, qui vere sunt filii, *secundum adnotata in l. generaliter* §. *cum autem C. de instit. & substitu. & in l. ex facto* §. *si quis rogatus in 1. ff. ad Treb.* vbi secundum plurimos regula ponitur negatiua, quod filiorum appellatione non continentur bastardi, nisi aliud voluntas, dignitas, aut concedentis conditio postulet, vt ex vltimis verbis illis tex. palam deducitur, *vt iam supra adnotauimus nu. 11.* Dignitas enim concedentis euidentem præstat coniecturam, quod voluerit naturales, & illegitimos filios submouere, *vt iam sup. resoluimus n. 32.* Conditio etiam eandem præstat, voluisse includere, si ille forte naturalis, & illegitimus erat, interpretamur naturales, & illegitimos noluisse excludere, quia sibi similes nemo odio prosequitur, etsi in dignitate ille sit constitutus, *vt tradit Decius in c. in præsentia, de proba. n. 43. in fine Costa in l. Gallus* §. *& quid si tantum ff. de liberis, & posthum. 5. part. n. 72. & in c. si pater verbo, si absq; liberis, n. 42. de testa. in 6.*

Quæ † sententia optimo simili confirmatur. 67
Scimus enim, quod feudalis successio, fœminas non agnoscit at si a fœmina fiat concessio, deterioris conditionis non erunt fœminæ, *ex adnotatis ab Anchar. consil. 339. numer. 16. Tiraquell. in l. Connub. 5. a numer. 26. tradunt Fulgo. consil. 88. Rubeus consil. 22. a numer. 11. Socinus in l. Cum auus ff. de conditio. & demonstrat. numer. 86.* Quæ vtilis est obseruatio in materia successionis Maioratuum, ad legem Regiam, *lib. 2. titul. 17.* §. 11. Nimirum ergo si concessa ab illegitimo domino emphyteusis, ad illegitimos transeat: siquidem illius qualitas, & conditio coniecturam præstat euidentem, voluisse includere, aut naturales illegitimos submouere. Omnis enim hæres a voluntate concedentis pendet, qui submouere, & admittere pro libito hoc genus hominũ potest, *vt in d.* §. *si quis rogatus*, plane probatur, & tradit Ruinus, *libr. 1. consil. 36. numer. 7. & Tiraquell. de nobili. quæst. 23. numer. 17. & diximus supra, numer. 16. & 17.* Quod tam in expressa, & vera voluntate, quã præsumpta intellige obtinere, per text. *in dict. l. ex facto.* §. *si quis rogatus* vbi ex dignitate, voluntate, & conditione concedentis submouetur, vel includitur bastardus, vt cognoscamus expressam, & tacitam voluntatem sufficere, & vide Gamam. *decisio. 52. n. 2.*

Hinc † aliquando vidi in praxi a grauissimis 68
viris responsum communem scribentium resolutionem, quæ habet, a successione emphyteusis ecclesiasticæ repellendos esse bastardos, intelligendam vtiliter fore, & limitandam, nisi concedens, Rector ecclesiæ illegitimus sit, ex ratione, & argumento supra scripto, quod verosimile non est, voluisse sibi similes repellere.

Quod ego sané respuendum iudicaui, quoniam hac in re (vt ego intelligo) non tam agitur de re ipsius abbatis, seu rectoris concedentis quam ecclesiæ, cuius res est, quæ in emphyteusim conceditur, mediante tamen abbate, seu rectore, cui rerum ecclesiæ administratio concessa est, tanquam procuratori, & vsufructuario, non tanquam domino, *vt habetur in cap. præsenti, de offic. ordi. in 6. & per Barba. in cap. requisisti, de testamen. num. 34. & in cap. si quis, numero sexto de peculio cleri. Couar. in cap. cum in officiis in princip. de testamen.* Qua ratione attendendam magis esse ecclesiæ, quam rectoris conditionem interpretor, & consequenter illegitimos necessario submouendos esse, tanquam indignos, & ecclesiæ odiosos, nisi nominatim vocati sint, in ipsa emphyteutica concessione, rite & cum ordinarii superioris decreto facta, pro quo præsumptio est, quod ita emphyteusim concedi ecclesiæ magis expedierit: quod etiam adnotandum est.

Nam † quemadmodum a principio spurio, & 69
inhabili cõcedi emphyteusis ecclesiastica potest, *vt habetur in cap. 1.* §. *personam, vbi post alios, Afflict. per quos fiat inuestitura Bald. & alii in cap. 1.* §. *fin. Episcopum vel abbatem Afflict. quæst. 99.* ita etiam concedi potest legitimo, vel bastardo homini cum clausula, quod nominare illegitimum possit *Gama. quæstio. 77. numero 6.* vel quia ecclesiæ expedire intelligat ordinarius, vel etiam, quia aliter accipere emphyteusim primus acquirens nolebat, aliter sine causa, (quæ in dubio propter decretum superioris præsumitur) suspectam censerem huius-

huiusmodi concessionem ab ecclesia factam, si maxime penes filium, aut concubinam ipsius rectoris ea emphyteusis reperiatur, vt contingit frequenter secundum quem sensum sane intelligẽdum est, quod supra proxime diximus, nominari spurium posse, quando emphyteutæ fuit libera nominandi data potestas, per verbum, *quem volueris*, quæ similiter sine causa, concessio facta, suspecta erit.

70 Caue† tamen ne erres, quia & si verum sit spurio, & incapaci a principio posse emphyteusim concedi, non tamen illam obtinebit, nisi huius incapacitatis mentio nominatim fiat in concessione: aliter nisi superior intelligat primi emphyteutæ conditionem, & maculam, attendere minime potest, an cum eo liceat dispensare, & contra iuris præcepta permittere, quo ad illum res ecclesiæ perueniat, vt nominatim Afflict. tradit *in d cap. 1. §. personam numer. 1. cum sequ. per quos fiat inuestitu.* & ibi est ad hoc bonus text. idem Afflict. *in cap. qui clericus, in princip. si de feudo fuer. contro.* Secundum quod nõ semel cum causarum patronus essem, obtinui, & postea per grauissimos nostri ordinis Senatores iudicatum vidimus, nullius momenti concessionem esse, in qua obumbrata incapacitate spurio, aut alias aliter inhabili, concessa fuit emphyteusis.

71 Sed † an *hac nullitas transeat, ad & contra successores*, vtilis est admodum quæstio in duas diuidenda necessario partes. Quarum prima respicit successores concedentis, ad quos transire huiusmodi ius dicendi concessionem nullam, indubitati iuris est, quia a principio nulla tractu temporis conualescere non solent, nec ecclesiæ iura in persona successorum debiliora fieri consueuerunt. Qua ratione in his terminis id tantum in controuersiam deduci potest, an is qui emphyteusim nulliter concessit, vindicare eandem possit, non obstante regula, *l. quod semel placuit, de regu. iuris?* quæ ecclesiasticis præsertim personis conuenit, quibus variare maxime interdictum est, *secundum adnotata in Clementi. 1. de renuncia.*

72 Sed † nihilominus, contrarium nostro Senatui quandoque placuit, per text. iuncta gloss. fin. *in cap. si quis presbyterorum, de rebus ecclesia, & in l. Iubemus §. sane in 1. Cod. de sacrosan. ecclesiis vbi gloss. verbo, œconomis Bartolus & Paulus, num. 5. Salic. 3. Bald. colum. 3. ad finem Ripa, in c. 1. de iudi. num. 48. Thomas Gramma. q. 79. n. 3. Ange.* qui testatur communem, *in princ. Institut. quibus alienare licet, colu. 2. in medio.* qui omnes probant prælatum, qui rem ecclesiæ nulliter alienauit, posse eandem vindicare, contra regulam *d. l. quod semel & l. Sicut ab initio. Cod. de acti. & obliga.* Repugnat enim fauor ecclesiæ, qui publicus reputatur, quare contraire facto suo alienans potest, vt explicat Platea *in l. quemadmodum, post num. 11. de agrico. & censi. libr. 11.* Quocirca prælatum a se rem alienatam nulliter vindicare posse, passim nostri interpretes tradidere, vt videre est *in locis iam citatis*, & per Igneum *in l. Dudum Codic. de contrah. emptio. numero 40. Ange. in dict. leg. quemadmodum, & in l. post mortem, de adoptio. numero 3. Corsetus, de potestate Regia, quæst. 95. numero 60.* idem probans in Rege alienante bona coronæ reperies, *libr. 10. tracta fol. 304. Palat. in rubrica §. 80. numer. 7. & §. 69. numero 19. Mencha. de success. crea. §. 10. post numer. 248. Baeça de non melioran. filia cap. 11. numer. 82 Alciat. in l. transactione Cod. de transactio. in princip.* hoc intelligens procedere etiam si oporteat allegari agentis turpitudinem, *per l. 1. Cod. de liber. causa* licet *ibi num. 5.* non videatur consentire Curtius, intelligens, quamuis aliam causam allegari posse, non vindicantis turpitudinem *tradit Decius cons. 142. post num. 4. & 174. in fine. Peralta in rubrica ff. de hared. institut. n. 97. Pinellus, in l. 1. Codic. de bonis maternis par. 3. numer. 73. Alexand. lib. 2. consil. 93. numer. 1.* qui loquitur in nullitate inducta ob incapacitatem. *tradit Parisius lib. 4. consil. 31. num. 10.* Et est hæc communis scribentium resolutio *in d. c. si quis presbyterorum, de rebus ecclesia. vbi post Hostiens. col. 1. Calder. 5. & alios. Panor. n. 4. & 12. Pinellus de bonis mater. par. 3. num. 73. vers. idem probatur* firmans hanc communem esse sententiam.

Nec † obstat locationem etiam nulliter factam ab eo, qui locauit, obseruãdam fore, quoniã procedit, in simplici bonorum ecclesiæ locatione ipsi ecclesiæ minime noxia, quam prælatus adimplere omnino tenetur, præsertim iuramento confirmatam, *secundum adnotata in cap. cum venissent, de institut.* Cuius quidem iuramenti tanta est virtus, & potestas, vt obseruari omnino debeat, nisi vertatur in ecclesiæ detrimentum illius obseruatio, *vt respondet Hosti. in d. cap. si quis presbyterorum, colum. 1. prope finem, de rebus ecclesia. tradit Aretinus, consil. 114.* firmans iuramentum non obstare: quominus alienans possit rem nulliter alienatam vindicare, quæ fuit sententia Federic. *consil. 172.* quem sequitur Iason. *in l. si donatione columnn. pen. Cod. de colla.* vtrumque citat Ange. additio *in d. l. post mortem ff. de adoptio. nume. 3. tu Iason. reperies post numero 7.* Et sic procedit Rota noua *232.* in locatione ad modicum tempus facta, quæ alienationem non continet, & propterea illi stare prælatus tenetur. *Panor. in cap. querelam numero 5. ne prælati vices suas,* vbi sequutus, quæ scripserat *in d. cap. si quis presbyterorum*, loquitur in locatione ad longum tempus facta. Rota vero satis cum iudicio ponit casum in locatione ad modicum tempus. Cui respondet, contraire non posse, qui locauit, & ita olim grauissimus Senatus Braccarensis censuit, cuius arestum a Serenissimi Cardinalis Henrici auditore confirmatum est. 73

Ego † aliquando in ea fui sententia, vt existimarem supra scripta intelligenda esse in eo, qui alienauit passalia, seu *assentum*, (vt vocant) ecclesiæ ad personalem prælati residentiam simpliciter alienari prohibita, *per extrauagan. Pauli 2. de rebus ecclesia.* in qua residentia dicebam, fauorem inesse publicum, & propterea posse alienantem contrauenire, *iuxta l. quemadmodum de agricolis, & censitis, lib. 10.* vt ibi explicat Platea *post numero 11. & gloss. in dict. leg. post mortem ff de adoptio.* quæ oppositum probat fore respondendum in aliis rebus, quæ ita simpliciter non sunt probita alienari, sed sine canonis solemnitate. Hæc enim alienatio quoad alienantem tenet, adeo vt retractari non valeat, nisi ecclesiæ allegetur præiudicium, *per adnotata in d cap. cum venissent, de institut.* vbi Panorm. *numero 14.* resoluit, alienationem a prælato factam tenere in vita sua, quando eius præiudicium separabile est ab ecclesiæ damno, aliter is qui alienauit statim potest contraire, & rem vindica- 74

re, licet iureiurando alienationem confirmauerit, *tradit Aret. in d. consi. 114. & Fels. in cap. peruenit, nu. 6. de iureiuran. Panor. in cap. veniens, a numer. 1. de transactio.* Qua ratione recte videtur respondisse Gigas, *de pensio. quæstio. 79.* firmans alienationem eius, qui non potest in alterius præiudicium alienare, tenere saltem in vita alienantis, facit gloss. *in cap. cum in dubiis, de renuncia. Prepo. in cap. 1. qui feudum dare poss. ante numer. 22.* addens, quod successor sciens nullitatem contractus, & non contradicens, eam videtur remittere, nisi illa procedat, ex defectu solemnitatis, & potestatis. De concessione vero facta ad vitam coloni, videas Firmium *de episcopo libro quarto fol. 58. numer. 176. & 205.* Sic etiam procedit Thomas Granima. *in decisione 93. numer. 1.* resoluens eum, qui alienauit rem simpliciter a testatore prohibitam alienari, posse contrauenire.

75 Secunda † vero pars respicit successores acquirentis, vt contingit in casu paucis retro annis in Senatu nostro pendente, in quo spuriæ filiæ ad tres vitas fuit concessa emphyteusis, nulla prorsus incapacitatis mentione facta. Ea mortua, in ecclesia successor filium a matre nominatum ad iudicium vocauit, emphyteusim vindicans, nullamque concessionem a principio fuisse allegans, nec tractu temporis conualere potuisse: Filius vero allegabat, se ex legitimo matrimonio natum esse, concessionem vero emphyteuticam plures continere concessiones distinctas, & separatas asserebat, per se solum pendentes, adeo vt nulla alijs nocere possit, & consequenter vitium maternæ concessionis, suæ propriæ nocere non posse, ex regula vulgari, *quod vtile per inutile vitiari non potest.* Ex aduerso ecclesiæ Rector, dicebat, fundamentum huius emphyteusis, consistere in prima illa vita, & concessione in fauorem matris facta, a qua filius causam habuit ab ea, scilicet nominatus: Eaque ratione ab ea prima concessione alias duas, secundam nempe, & tertiam pendere, & idcirco destructo fundamento, & ad nihilum redacto, totum ædificium corruere necessario fatendum esse proponebat, & consequenter reum fore condemnandum, quia in eum plus iuris mater transferre non potuit, quam illa habebat.

76 Hanc † quæstionem ambiguam quidam ex nostris Senatoribus, sic decidendam intellexere, vt nullatenus incapacitas parentis nocere possit descendenti filio, ad emphyteusim vocato, aut nominato. Nam etsi verum sit, quod per commissum emphyteusis ipso iure ad dominum directum reuertitur, *secundum adnotata in l. 2. & fin. C. de iure emphyteut.* eoque commisso perpetrato emphyteuta indignus censeatur, & retinendæ emphyteusis incapax: nihilominus tamen ea dignitas, & incapacitas eius successoribus opponi non potest, secundum quod placuit gloss. receptæ *in c. 1. §. porro, verbo, assaluerint, quæ fuit prima causa bene a-mi. Ang. in l. fin. in prin. C. de secund. nup. Ruin. late in §. 1. Insti. de dona. num. 550. & nos infra suo loco tractabimus.* Quo argumento dicebant, illi Patres venerandi, incapacitatem parentis ex natalium defectu ortam filio vocato, aut nominato nocere non posse, si modo is legitimus est. *argumento etiam notatorum in l. final. Codic. de natu. liber.* Morte enim extinguitur omnis incapacitas, & macula eius, qui mortem obiit, *secundum ea, quæ habentur in l. 1. Codic. si reus, vel accusa. mortuus fuer. cap. quorundam 23. distin. habetur in cap. peruenit. & c. causam quæ, qui filii sint legitimi,* vbi scriptum est, incongruum videri, quod matrimonium eius impetatur post mortem, cuius dum vixit, non fuit impetitum. Sic ergo in casu nostro minime decet, filio obijcere paternam incapacitatem: siquidem scriptum est, non portabit filius iniquitatem patris, ad quod videtur alludere dispositio tituli *Codic. ne filius pro patre.*

77 Considerabant † etiam hi patres spurio concessionem factam irritam, ipso iure non esse, sed magis irritandam, ex defectu, & intentione concedentis, qui nisi agnouit stipulantem spurium esse, credendum est, noluisse concedere, & in loco honesto, inhonestam collocare personam non intendisse: quo casu irrita ex defectu intentionis censenda erit concessio, quæ in dubio tenet, ex iuris præsumptione, secundum quam credendum est, ecclesiæ prælatum concedentem alicui emphyteusim, non ignorasse, illius conditionem, & qualitatem: Quocirca, vt illa concessio irritetur, deceptum fuisse, necessario probandum est. Quamobrem interim concessio tenet, & firma censeri debet: quemadmodum, & cætera omnia, quæ per fucum, & dolum contrahuntur, iuxta ea, quæ habentur *in l. eleganter 7. ff. de dolo & in l. Iulianus §. per contrarium ff. de actio. emp.* Quæ resolutio, eo præcipue argumento, & ratione iustificatur, quod scimus nullo iure interdictum esse, spurio posse a principio emphyteusim concedi, quare concedi recte valet ad imaginem feudorum, quæ sine dubio spurijs, seruis, & quibusuis alijs huius conditionis personis, concedi possunt, *cap. 1. § personam, per quos fiat inuestitura,* ibi, *Personam vero inuestituram accipientis non distinguimus. Nam etiam seruus inuestiri poterit. & ibi Doctores Bald. in l. eam quam Cod. de fideicommiss. numer. 39. Afflict. in quæst. 99.* Quod ex supra scripta ratione procedit. Spurii enim, & similis personæ admissio, & exclusio, a sola concedentis voluntate pendet, *secundum adnotata in l. ex facto §. si quis rogatus ff. ad Treb.*

78 Quocirca † si quando contingat, ab ignorante prælato emphyteusim illegitimo concedi, probabilis sententia est, ex superueniente scientia cum taciturnitate, & pensionis statutæ perceptione, eandem prorsus confirmari, si maxime concurrat longi temporis possessio, *secundum ea, quæ habentur in l. si certis annis Codic. de pactis & in l. cum de in rem verso ff. de vsuris. rursus, in l. si filius C. de peti. hæredi. cum vulgaribus Facit Gama quæst. 149 numer. 4. & 5.* probans nominationem, in fauorem spurii factam conualescere, si dominus directus per decem annos pensionem recipiat quod idem probat *quæstio. 377. ante numer. 4.* Potest enim iuri reuocandi emphyteusim prælatus renunciare, ex regula *l. pen. Codic. de pactis,* de qua vltra loca ordinaria, multa tradit Tiraquellus *lib. de primogen. qu. 24.*

79 Ex † qua consideratione remouenda est, quorundam Senatorum nostrorum contentio, qui ponderabant sedulo in casu, de quo agebatur, veterem esse concessionem, & quadraginta annos excedentem intelligentes proinde præscriptionis iure, & exceptione posse ecclesiam submoueri, ex his,

his, quæ de sputio possidente per longissimum tempus hæteditatem paternam ttadit Balbus *de præscript in 4. par. 4. partis quæst. 18. Gama quæst. 377. n. 4.* Quæ dubia admodnm sententia est, *ex Aymo de antiqnit fol. 139. numer. 10. Pinello in rubrica Cod. de bonis mat. fol. 26. in fine Mencha. lib. qq. illust. cap. 81. nu. 18. Tiraq. de primogen. q. 30. sub. num. 9.* Quocirca firmior ptior considetatio est.

80 Vltetins † aduetsus ecclesiam, in fauorem filii nominatim considerabatur, qnod in concessione (de qua quæstio erat) emphyteusis fuerat Petro (qui spurius erat) & eius vxori Margaritæ, & pro vno vtriusq; filio nominando, in qua specie tres dicuntur sub vno verbotum complexu inesse concessiones, nnn vnica tantum quatum vna maritum, alia vxorem, tertia vero, & vltima filium respicit, quas distinctas esse, & per se ipsas considerandas, & tegulandas dicebatur.

Qua ratione licet maritus spnrius, & incapax, suæ concessionis ipsum tespicientis extitisset, vxori legitimæ natæ, eiusqne filio, eius vitium, & incapacitas nocete non debet, quia vtile, per inntile vitiari non solet *cap. vtile, de regu. iur.* Quoties enim duobus, quid legatur, aut conceditur, quorum alter incapax est, & altet capax, is suam partem habebit, quia socii incapacitas, & vitium illi non nocet *l. Si Titio. 7. ff de leg. 2.* & magis in specie in relicto marito, & vxori, quotum alter est incapax, id probat Iureconsultus, *in l. testator. 90. §. Seio. ff. eod. titul.* concotdat *l. fundus 64. de contrahend emptio.* vbi probatur, quod incapacis petsona supetuacua censenda est, & pto non adiecta, conuenit text. *in l. Plane 34. §. si coniunctim & §. si duobus ff. de leg. 1. & in l. Huiusmodi 86. §. si Titio eod. titul.* Quibus id vnum probatur esse verissimum, quod adiectio petsonæ inhabilis, & incapacis legitimo, & capaci non nocet: qnocirca concessio emphyteutica pro matito, & vxore a domino facta, & si in persona matiti non teneat, ob natalium defectum, in persona vxoris, & filii, sine dubio tuenda est. Quutum concessio tanquam diuetsa a cnncessione matiti, nec ab ea pendens. Et hanc sententiam videtur tenere Angelus *in l. Stipulatio ista habere licere §. si quis ita ff. de verbo obliga.* quatenus quæ ibi in vsufructu, ad emphyteusim extendit, intelligens concessionem emphyteuticam, & si ab vnica tantum stipulatione procedat, diuersam tamen esse, in persuna filii, non eandem, quæ erat in patre, sed nouam, quemadmodum ibi gloss. *verbo, fructus,* & Doctores resolnunt diuersnm esse vsumfructum in persona filii constitutum ab eo, qui etat in petsona patris. Qua ratione noua exigitur in petsonam filii de bene vtendo, & fruendo cautio, de qua *in l. 1. ff. vsufructuarius qnemadmodum caueа.* quod ita post Balb. *in d. §. si quis ita* voluit Iason. *post numer. 4. versicul. in gloss. verbo, fructus, & ibi Alexand. numer. 5.* ac proinde vsucapio non nocet filio, in vsufructu de nouo concesso, licet nocuerit patri viuenti *Angelus Imol & Alex. ibidem.*

Nec hoc mirnm, quoniam, vt post Dinum, Angelus obseruauit, *in l. apud Iulianum §. si quis alicui ff. de lega. 1.* in huiusmodi concessionibus emphyteuticis factis in fauorem patris, & filiorum, dicuntur filii adiecti, pnst mortem patris, & a domino mortis causa capere, *tradit ibidem Baldus, & Bartolus in l. mortis causa capere ff. de dona. caus. mort.* Quocirca (*vt Angelus inquit*) duplex dicitur a domino facta concessio, quarum altera pattem, altera filios tespicit *idem tradit Felinus, consil. 24. post numer. 20. Tellius in l. 27. Tauri numero secundo Corneus, libro 1. consil. 74. lit. f. Bossius, de principe numer. 311.* firmans commnnem, *& Fanus, de statu exclud fœmi 3. part. nu. 45 lib. 12. tracta fol. 89. & Crotus, in l. qui Romæ § duo fratres ff de verbo. obliga numer. 139.* argumento notatorum *in d. l. Stipulatio ista habere § si quis ita.* vbi Iaso. *numer. 3.* obsetuat in petsona filii a patte stipulatum vsnm fructum nouum esse, non eundem, *habetur in l. Repeti ff. quibus modis vsufruct amitt. & in l. Cum antiquitas Cod. de vsufruct.* Quot enim sunt personæ, tot dicuntur esse concessiones, *ex regula l. Scire debemus ff. de verborum obliga.*

81 Ex † quo infettur (idq; plurimnm ad propositum facit) emphyteusim concessam, in quartam, vel quintam generationem, quoad tettiam (in quam concedi potuit, secundum adnotata *in §. emphyteusim, in authentic. de non alien.*) validam esse, quia (vt modo diximus) separatæ hæ concessiones sunt, & vt distinctæ, & segregatæ tegulantnr, & sic datur locus regulæ, quod vtile per inutile non viciatur. Quæ profecto æqna sententia est, quam post longam, & matutam deliberationem noster Senatus aliquando probauit.

82 Ceterum, † quia plurimum consideratur pro parte ecclesiæ, emphyteusim ab spurio marito fuisse stipulatam, & ab eo pendere vxoris, ac filii ius emphyteuticum, quod habete ptætendunt, illud sine dubio, ex facto patris quæsitum esse videtur, ex his, quæ passim nostri interpretes probant, quæsitam pto filiis emphyteusim, ab eisdem mortis causa capi, *vt habetur in l. si tibi §. si pactus ff pactis. l. vt iurisiurandi §. si liberi ff. de operis libe.* Quod ea ratione scriptum videtur, quia a patre filius quodammodo capit, eo scilicet mediante, & stipulante: quapropter eius incapacitas tanquam in capite contingens vicium, membris nocere debet. Solet enim viciatum principale nocere accessoriis, infectosque fructus infecta radix producit: Ne autem videamur hunc atticulum prætermisisse adnotandum est.

83 Quod † secundum iutis nostri ptæcepta, concessio emphytentica, pto vxote, & matito facta, dicitur vtrique pro parte virili, & sic dimidia concessa, *argumen. l. reos 11. §. cum in tabulis ff. de duobus reis,* vbi pluribus copulatiue, si res conceditur, omnibus, pto parte virili acquiritur habetur *in l. 1. Cod. si plures vna sententia cum concordantibus* de quibus per Baldum *in consi. 116. colum. libro. 1.* hanc sententiam in specie tennit Specula. *titul. de locato §. nunc aliqua versicul. 148. & Bald. in d. consil. Alexand.* qui in feudi concessione loquitur *consil. 13. columu. penul. versicul nunc de tertio & consil. 119. libro 5. colum. 1. Socin. consil. 50. in princip. & consil. 67. columu. 6. versicul. vltimo libro 1. Socinus nepos, libro 1. consil. 73. sequitur Decius, consil. 263. & 326. in princip. Crotus, in l. qui Romæ §. duo fratres super q. 10. Bartol. num. 138. ff. de verborum obliga. Ferra. in d. §. cum in tabulis numer 40.* Ex quorum auctoritate tesoluēdum est, emphyteusim marito, & vxori concessam vtrique pto parte dimidia acquiri, *vt in specie tradit Alexand. consil. 119. colum. 1 libro 5. Decius consil. 58 post princip.* & propterea tecte *Bald. in consil. 116. iam citato* adnotauit,

pensionem vtrumque pro parte virili soluere debere,& teneri,secundum quam resolutionem dimidia saltem pars emphyteusis,marito spurio, & incapaci inutiliter concessa, ecclesiæ vindicanti restituenda videtur:idque aliquibus visum est.

84 Sed† non placet,quia in his Regnis vsus,& praxis obseruat huiusmodi emphyteusim dici marito,& vxori concessam insolidum,& pro indiuiso viuentibus eis possidendam, secundum quem sensum in concessione dici solet, quod ipsis conceditur pro prima,& secunda persona,& pro vno filio,vel filia a superstite nominandis *vt habetur infra titul.63.§.5.* Quapropter cessat supra scripta traditio, quia dicitur emphyteusis marito, & vxori, vt singulis concessa, *l. si pluribus, & ibi Bartol. Imola, & alii ff. de lega.2.* facit text. *in l. non distinguemus §. cum in plures ff. de arbi. & habetur in l. qui in potestate ff. de testamen. & in cap. si propter, de rescriptis, in 6. & in l. si mihi, & Titio ff. de verbo.* vbi ex traditis a Bartol. colligitur, hoc verum esse,& ex Bal. *in l.1.C. quando non peten. partes Alexand. consil. 22. column. 4. post princip. libro 5. Socin. consil. 50. column. 2. libro 1. & Curt. seni. consil. 49 numer. 54. Decius consil. 326. post princip.* quibus adde quod in hac specie vterque insolidum obligatur ad solutionem pensionis, *Bald. in d. consil. 116. lib. 1.*

85 Quocirca † portio mariti deficiens, necessario per ius non descrescendi applicatur vxori, cui insolidum fuit concessa emphyteusis. Quæ resolutio etiam in contractibus obtinet, *l. 1. ff. communia prædi. Bar. in d. l. si mihi & Titio ff. de verborum obligat. & in l. Stipulatio ista §. eum qui ff. eod.* ita resoluit obseruandum Bald. *in d. l. 1. col. 5. versic. sed hic dubitatur C. quando non peten. partes, sequitur Roma ibidem.* Concordat idem Bald. *in d. consil. 116. ad finem, lib. 1.* concordat & idem Bald. *in cap. 1. §. filia, in fin. de success. feudi. & Anchar. consil. 245. Alexand. in dict. leg. Si mihi, & Titio, col. pen. versicul. & quid si dicatur ff. de verborum obl. & in consil 30. lib. 1. & 89. col. fin. lib. 4. Corneus, consil. 163. lib. 2. & Socinus notabiliter, consil. 50. col. 2. supra citato. late Curt. seni. in d. consil. 49. & Decius consil. 326.*

Cuius contrarium obseruari debet, quando emphyteusis in solidum marito, & vxori concessa non est, sed simpliciter pro portione virili, quoniam tunc deficiens pars ad dominum concedentem reuertitur, quia in contractibus cessat ius accrescendi, *secundum Bartol. & Doctores in d. l. si mihi & Titio ff. de verborum obligatio. vbi Alexand. col. 4. l. 1. § interdum ff. vsufruct. accrescen. cum similibus, ita in specie Anchar. cons. consil. 245. Alexand. consil 13. col. 4. lib. 5. Decius, cons. 263. & 392. Roma. consil. 19. Ruin. lib. 1. consil. 169. in princ.* Cessat enim hoc casu, prædicta ratio iuris non decrescendi, per quam videtur dominus voluisse, quod pars deficiens in persona alterius coniugis, alteri adiudicetur.

86 Nec † existimandum est, hanc resolutionem procedere, quando pars deficit ex post facto, propter non solutionem canonis, defectum lineæ, aut nominationis, in quibus speciebus præfati interpretes loquuntur, & consocio per ius non decrescendi deficientem partem concedunt: Quo casu nos non loquimur, sed eo tantum, quo maritus a principio est incapax emphyteuticæ concessionis, cuius pars, quasi ab ecclesia non abstracta apud illam manere debet: quoniam id (quod diximus) obtinet, locumque habet, siue a principio pars deficiat, ob incapacitatem mariti, siue etiam ex post facto, quoniam in vtraque specie concurrit domini voluntas, qui rem vtrique concessit insolidum. Quapropter quocunque modo pars deficiat, adiudicari debet consocio, cui insolidum est concessa. Imo, si iuris nostri traditiones, & principia recte expendantur, multo magis a principio deficiens pars, propter capientis incapacitatem socio applicari debet, quam si ex post facto illa deficiat. Certum enim est, seruo communi legatum, dominis legatum esse videri, ipsisque pro dominica portione acquiri. Qua ratione si dominorum alter repudiet partem suam, illa condomino non accrescit, sed penes hæredem manet, quasi ad dominum reuersa. *l. Et Proculo 20. ff. de lega. 2.* Nam cum videantur domini vocati pro portionibus dominicis, & virilibus, *secundum aduotata in l. Seruus plurium. 53. in princip. ff. de lega. 1.* coniuncti verbis dici non possunt, vt inter eos dari ius accrescendi possit, *vt habetur in l. Re coniuncti 85. ff. de lega. 3. ibi, aequis portionibus. vt nominatim explicant Crotus ibi, numero 125. & Alciatus numero 60.* Aliter enim, si domini, vt verbis coniuncti, seruo communi relictum caperent, vtique pro virili, non pro dominica portione acciperent. *l. Legata 19. §. final. ff. de legat. 1. l. Vnica §. vbi autem, post princip. Codic. de cadu. tollen.* Quocirca, quia domini videntur vocati, tanquam domini, pro portione dominica, cessat inter eos ius accrescendi, vt satis innuit Iureconsultus *in dict. leg. Et Proculo, ff. de legat. 2. & in l. 1. §. 1. ff. de vsufruct. accrescen.* quasi distincte vocati sint, non verbis coniuncti *in dict. leg. 1. in princip. de vsufruct. accrescen. l. huiusmodi 86. §. quibus ff. de lega. 1.*

Nihilominus tamen si dominorum alter relicti fuerit incapax, eius pars alteri domino accrescit, vt notabiliter, resoluit *Bartol. in dict. leg. Re coniuncti numer. 67. ff. de lega. 3.* sic limitans text. *in d. l. Et Proculo.* in quo quidem dicto Bartol. communiter recipitur, *secundum Crotum ibi, numer. 124. & Ripam. 206.* citat Bartol. text. ad propositum notabilem, *in l. 1. §. communis seruus ff. de stipul. seruo.* cuius hæc sunt verba: *quia persona serui communis, eius conditionis est, vt in eo, quod alteri potest acquirere, alteri non potest, perinde habeatur, ac si eius solius esset, cui acquirendi facultatem habet.* Ego licet Bartol. & Doctores cōmuniter intelligant id procedere, ex iure accrescendi, intelligo verius esse, ex iure non decrescendi: quia seruus videtur insolidum dominis stipulari, & consequenter ei, qui potest solidum capere secundum quem sensum procedit etiam *l. Proinde 7. §. fin. eod. titul. ibi, ei soli acquirit. & in § fin. Institut. de stipula. seruorum & in l. Verum 64. §. si seruo ff. pro socio,* quicquid inuoluat Ripa. *in l. Re coniuncti. num. 206. ff. de legat. 3. & Peralta in d. l. Et Proculo, nume. 49. de lega. 2.*

SVMMARIA.

1 *Emphyteusis ecclesiastica, naturali filio, vel spurio concessa ad similes transire potest.*

2 *Maioria concessa fœmina, fœminea est.*

3 *In contrarium, quod illegitimus non potest nominari, licet a principio tali fuerit emphyteusis concessa.*

4 *Concessio facta pro filiis, includit bastardos, quando acquirens alios non habebat tempore concessionis.*

Dispen-

Dispensat, qui indigno confert.
5 *Inferior a principe sine causæ cognitione non dispensat.*
6 *Sola scientia inferioris non dispensat.*
7 *Ratio, quare naturalis filius emphyteusim ecclesiasticam non capit.*
8 *Naturalis potest vocari ad emphyteusim ecclesiasticam.*
9 *Appellatione filiorum continentur naturales, quando disponens scit illos extare.*
10 *Interpretat. l. Cum pater 19. §. volo ff. de legat. 2.*
11 *Liberorum appellatione, continentur naturales, qui excludunt substitutum.*
12 *Interpret. l. Ex facto 17. §. si quis rogatus 1. ff. ad Treb.*
13 *Emphyteusis concessa pro filiis, debetur naturalibus iam natis.*
14 *In seruitute concepti, naturales sunt, & substitutum excludunt, qui abintestato succedunt parentibus.*
15 *Naturales quum succedunt, excludunt substitutum. Conceptus in seruitute, excludit substitutum, quia succedit.*
16 *Spurius succedens matri illius substitutum excludit, nisi illa sit filia testatoris.*
17 *Naturalis excludit substitutum, quando illius fuit facta mentio in aliqua parte testamenti.*
18 *Doctorum vniuersitatis Conimbricensis sensus, & interpretatio.*
19 *Conimbricenses admittunt naturales, quorum defunctus non habuit notitiam.*
20 *Nascituros naturales ecclesia nunquam visa est vocare ad emphyteusim, natos vero sic.*
21 *Nominari naturalis potest, de consensu ecclesiæ.*
22 *Emphyteusis concessa furioso, ad naturales pertinet.*
23 *Clerico concessa emphyteusis, & filiis suis, ad naturales transit.*
In contrarium, imo quod debet concessio referri ad filios ciuiles, qualis est ecclesia.
24 *Spurius filius clerici omnino incapax.*
25 *In contrarium, quod ecclesiam non potest clericus nominare. quia id non cogitauit concedens.*
26 *Monasterium non est filius.*
27 *Emphyteusis, non potest ecclesiæ concedi, nec ad illam, ea nominari potest.*
28 *Emphyteusis concessa clerico, & eius filiis restringitur ad legitimos per dispensationem obtentos.*
29 *Papa dispensat super voto continentiæ, vide tamen nu. 32.*
30 *Dispensatio principis, reputatur impossibilis.*
31 *Ad idem, quod sit impossibilis, quando raro solet concedi.*
33 *Clausula pro filiis, clerico adiecta, potest verificari in natis ex matrimonio putatiuo. Sed non placet.*
34 *Ad filios adoptiuos potest concessio referri.*
35 *Adoptiui non sunt vere filii.*
36 *Adoptiuis non debetur emphyteusis pro filiis concessa.*
Interpr. Ordina. lib. 2. tit. 17. §. 9.
37 *Emphyteusis sacerdoti pro hæredibus concessa tenet, & ad heredes eius transit.*
38 *Semel concessa emphyteusis, bastardis debetur.*
39 *Mulier quinquagenaria legitimam habere prolem nequit.*

QVÆSTIO XX.

1 EX † supra scriptis etiam resoluitur, *emphyteusim ecclesiasticam concessam spurio, aut naturali in primum personam libere posse in aliam similem spuriam, aut naturalem personam transire*: nam cum ecclesia semel hoc genus hominum probauerit, amplius improbare non potest vt in specie resoluit Bald. *in cap. quam ecclesiarum, de constitut. columna penul versicul. reuertor nunc numero* 43. & illum sequutus Decius *consil. 365. numero 7. ante versicul. solum superest.* resoluens, concessionem a principio factam naturalibus successiue, ad conditionis eiusdem homines transire posse, *tradit Gama quæstion. 2 nume. 8. versicul. vbi fuit* quamuis oppositum regulariter sit seruandum in emphyteuti ecclesiastica, quæ ad naturales, & spurios transitum non facit. Concordat idem Decius *in cap. in præsentia, de probatio. n. 7. versicul. prædicta*, sic intelligens limitandam esse communem scribentium resolutionem, quæ illegitimis negat, emphyteusis ecclesiasticæ successionem, per text. *in cap. 1. §. ex eadem lege de lege. Corra. ibi, æquali domino alienare.* In habentibus enim simbolum facilis est transitus: & quia solet quandoque in iure nostro initium cõsiderari, *l. qui id quod 54. ff. de dona.* ibi, *Causam enim, & originem constituta pecuniæ, non iudicis potestatem prævalere placuit.* habetur *in l. quod ait lex § quod ait lex ff. de adulter.* concordat Loazes *in l. Filiusfamilias §. Diui ff. de leg. 1. numer. 61. & ibi Crotus, numer. 11. Paleotus in cap. 31. post nume. 4. Iason in l. Generaliter §. cum autem Cod. de institut. & subst. in fine. & in l. Sed si hac. §. liberos ff. de in ius vocan. n. 2. Socinus, in l. Gallus §. nunc de lege. nu. 5. ff. de lib. & posthum. Ripa, in l. Ex facto §. si quis rogatus, in primo n. 66. ff. ad Trebel.*

Nec † hoc mirum, si consideres feudalis, ac maioriæ successionis, fœminam capacem esse, si a principio fœminæ concessum sit feudum, aut maioratus. *Anchar. consil. 139. Iason in l. Sed si hac §. liberos ff. de in ius vocan. numer. 1. cum sequent. Socinus in l. Cum auus. ff. de libe. & posthum. numer. 83. cum sequent. Burgensis in proœmio legum Tauri. numer. 131.* Quo argumento idem est dicendum in naturalibus, & spuriis, vt succedant, & emphyteusim consequantur, si a principio illa fuit illegitimo concessa. 2

Cuius † tamen contrarium vti verius probant Iason. *in d. l. Generaliter § cum autem Cod. de institu. & substitu. numer. finali & Decius in d. cap. in præsentia nu. 43. per text. d. in l. Generaliter §. cum autem* vbi naturalis filius fuit hæres institutus, & grauatus, si sine filiis decesserit, & nihilominus respondet Imperator, filios naturales non excludere substitutum. Ergo plane probat initium attendendum non esse, nec ad rem facere, quod illegitimo a principio res fuit concessa, vt ex eius qualitate, & conditione reliqui censeri, & regulari possint. 3

Insuper inepta, parumque tuta videtur, *ea* illatio quam Bald. & alii sequaces faciunt de primo emphyteuta ad reliquos nominandos in posterum: siquidem primus cui est emphyteusis concessa, potuit tanquam benemeritus, omniumque virtutum genere præditus cum ratione ab ecclesia probari, *iuxta tradita in c. 1. & c. nunquam & c. pen. 56. distinct.* quæ quidem probandi ratio deficit in postea nominandis, quos ecclesia nec cognouit, nec amauit: Quocirca non est cur ab illo hi probati dici valeant, eo maxime, si consideres, quod aduersus hos illegitimos est iuris præ-

sumptio, quod non sunt futuri laudabilis vitæ, & conuersationis, Deo, & hominibus amabiles in bello, & fide constantes, secundum quod habetur *in c. si gens Anglorum 56. dist. in.*

Denique si vera est hæc Bald. limitatio, & doctrina, vtique ecclesia euitare non poterit eorum notam, & incusationem, qui dixerit illam concessisse ansam, ex huiusmodi indulta potestate nominandi bastardos, & probabilem occasionem peccandi mortaliter, & procurandi illegitimos filios, quos nominare liceat, ad huiusmodi emphyteusim: quod quam absurdum, periculosum, & ab intentione ecclesiæ alienum sit, neminem latet. Ergo defendi Bal. supra scripta doctrina nullo modo potest. Quæ autem in illius fauorem adducuntur iura, adeo extranea sunt, vt minime responsione indigeant. Nec te illud simile de fœmina conuincat, quoniam vltra quod oppositum resoluendum tradit Cur. iuni. *cons. 181. n. 1. & 2. & lib. feudorum par. 3. n. 3.* illa resolutio admittens fœminas rem reducit ad terminos iuris communis, secundum quos pariter fœminæ cum masculis succedunt *l. Maximum vitium C. de libe. præteritis*, ideo non mirum, si illa interpretatio recipiatur, quod eo ipso videatur fœminæ vocatæ, quod a principio fœminæ fuit facta concessio, vt interim omittamus, diuersam omnino esse rationem approbationis notæ, aut ignotæ fœminæ, *vt paulo ante diximus in illegitimis.* Ex quibus hæc profecto verior mihi videtur esse opinio, secundum quam recte defendi potest, quod Ripa *in d. §. si quis rogatus numer. 66.* adnotauit, illegitimum cui fuit concessa emphyteusis, bastardum filium nominare nō posse, si tamen cupis respondere *d. §. cum autem l. generaliter* lege quæ supra scripsimus, *q. 9. num. 18. cum sequ.* omissa alia solutione, quam iuste carpit Decius, *in d. cap. in præsentia, de proba. post numer. 47.*

4 Ex † eadem etiam supra scripta ratione, quod coniecturata voluntas concedentis submouet, & includit illegitimos deducitur, post Aluarot. merito resoluisse Ripam *in l. ex facto § si quis rogatus ff. ad Trebell. ante numer. 67.* concessionem ab ecclesia mihi factam, & filiis meis, eo tempore, quo solum naturales, aut illegitimos filios habebam, hos comprehendere dummodo id concedens non ignoret, quia tunc videtur pro his filiis naturalibus concessisse. Concordat Barba. *in l. cum acutissimi Cod. de fideicommissis numer. 245. Bertran. lib. 3. cons. 86. num. 15. cum seq. Affli. in cap. naturales 3. nota. si de feudo fuer. controuers. Corras. in miscella. lib. 1. cap. 7. numer. 6. versicul. altera Cotta, verbo, ratio Duennas regula 360. fallen. 1.* Citant hi partes ad id notabilem Baldi doctrinam *in l. Eam quam Cod. de fideicommiss. col. 8. versicul. demum quæro Comes Sabaudiæ* Quo loco & Aluarotus *in d. cap. naturales colum. fin. versicul. quæro dominus concessit*: vbi eam mouent quæstionem. Princeps quidam bene merito militi, quem sciebat illegitimos filios dumtaxat habere ciuitatem, seu castrum concessit, *pro se, & filiis suis procreatis, & procreandis.* Mortuo deinde milite, dominus castrum repetebat. Ex regula text. *in d. cap. naturales*, respondebant, filii non latuisse principem concessionis tempore eos iam natos esse, & nihilominus pro natis, & nascituris filiis concessisse, & consequenter secum dispensasse.

Scientia enim augetur concessionis effectus, qui ex ignorantia deficeret. *l. Si quis ita ff. de testamen. tutela.* & quia non est contra naturam feudi, quod illegitimus filius de illo inuestiatur, siquidem quilibet potest a principio etiam seruus inuestiri, vel infamis *cap. 2. §. personam, per quos fiat inuestitu. tradit Afflict. q. 99.*

Quod ex illis verbis concessionis, *filiis procreatis, & procreandis*, etiam facile deducitur, siquidem hi filii illegitimi iam procreati erant, & sine dubio vocati: quoniam vt in facto proponitur, eos naturales esse, & illegitimos constat, & nihilominus vocatos fuisse: quo casu videtur cum illis dispensatum. Scienter namque conferens indigno, & incapaci rem, quam alias obtinere non potest, ne collatio corruat, dicitur cum illo dispensare, *vt in l. Quidam consulebant 57. in fin. ff. de re iudi.* vbi Vlpianus postquam docuit sententiam a minore latam, nullam prorsus esse, subdit id non procedere, in minore consulis, aut magistratus officio fungente, quia (inquit) Princeps, qui magistratum in minorem contulit, omnia posse gerere decreuit, *& ibi notant Doctores. & in l. 2. de diuersis officiis lib. 12.* probat Bald. *in l. Imperialis § similes C. de nuptiis* & est bona gloss. *in cap. Statutum, de rescriptis, in 6. verbo, canonicis* tradit Iason. firmans communem *in l. Barbatius, num. 13. cum seq. ff. de offic. prætor. & ibi Bart. num. 12. tradit & Gigas, de pensio. quæst. 16. num. 11. Feli. in cap. præterea num. 7. de testibus cogend. Gomez. super regulis chan. pagin. 126. ad finem, cum sequent. sub regula, de non tollendo iure quæsito qu. 18. Probus, in cap. 1. de consti. lib. 6. num. 1. cum seq. & in cap. 1. de rescriptis, n. 9.* quorum resolutio, tam in rescriptis, quam contractibus obtinet. Princeps enim cum inhabili contrahens, cum eo dispensare cēsetur, & illum ad contrahendum habilem reddere, *vt habetur in l. penul. C. de dona. inter vir. & vxor.* vbi princeps vxori suæ donans illam capacem reddit, non obstante iuris dispositione in contrarium. Videtur enim cum illa dispensare, & obstantia submouere, quo facta ab eo donatio valeat, & teneat, *vt notabiliter explicat Cannan. lib. 1. cap. 16. colum. 10. ad finem, cum seq.* Et hoc quidem est, quod a nostris passim scribitur, principis contractum legis habere vigorem, *l. Cæsar ff. de publica. Doctores in d. l. penul. C. de donat. inter virum & vxorem Iason. in lib. 1. consil. 1. col. 4. Brunus, Soci iuni. & Loazes*, quorum meminit Mencha. *lib. qq. illu. c. 3. ante num. 6.*

Quam † sane traditionem in principe superiorem non recognoscente, probabilem iudico, & necessariam censeo. Ceterum posse inde casum 5 nostrum decidi, in quo agimus de admittendis illegitimis ad emphyteusim ecclesiasticam, contra iuris communis prohibitionem, vix possum admittere, tum quia præfati auctores loquuntur, vt ex Bertrando citato constat, in concessione facta, pro filiis natis, & nasciturisab eo, qui sciebat natos illegitimos esse, in qua specie contineri illegitimos iam natos indubitati iuris est: nos vero loquimur in concessione simpliciter facta, pro filiis, quæ commode potest ad legitimos restringi, ex regula *l. 1. C. de sacros. eccles.* coniuncta gloss. communiter recepta. Tum etiam, quia agimus de cōcessione inferioris, quæ secundum regulas communes censenda est, & regulanda, nisi constet, quod ex causa ordinarius superior dispensauerit. Huius enim sola scientia incapacitatis non sufficit ad

cit ad inducendam dispensationem, quæ causæ cognitionem exigit, *gloss. in §. nisi rigor. 1. quæstion. 7. Felin. in cap. postulasti nu. 13. de rescriptis Ripa libro 2. responsor. cap. 35. Rebuf. in sua praxi pagin. 373. numero 51. Nauar. exclamans, in cap. fin. de simo. numer. 4. Couarru. de sponsa. 2. par. cap. 6. §. 9. numer. fin.* Probos qui in legato de latere loquitur *in cap. 1. de ætate, & qualita. numer. 4. cum seq. & Rebuf. iam citatus, numer. 52. & Ripa, vbi supra.*

6 Ex † quibus sane, & ex Ioanne Andr. in nouella. *in cap. veniens, de filiis presbyterorum,* sine dubio deducitur, solam scientiam Inferioris, recognoscentis superiorem, dispensationem non inducere, *vt notabiliter post alios resoluit Iason. in l. Barbatius numero 14. ff. de offic. præsid. Probus in cap. 1. de consu. in 6. numero 6. versicul. sed quid vbi ad idem citat Innocen. & Cardin. & tradit gloss. prag. sanctio. fol. 62. column. 2. cum seq.* quæ optime de hac re agit. *& post Parisi. Syluan. cons. 45. numero 52. cum sequent.* Quamuis Ioannes Andr. *in d. cap. veniens,* hoc idem obseruandum in principe senserit, quia inquit dispensatio est stricti iuris, & de genere prohibitorum: quare nequit, sine causæ cognitione fieri *cap. ex tenore, de tempo. ordinat. c. nisi liuor 1. quæst. 7.* in quo iuste ibi a Burrio reprehenditur.

Ex his igitur, si placet, liquido constat, parum tuta ratione, & argumento præfatos interpretes niti, affirmantes proinde emphyteusim, pro filiis concessam, minime negari posse naturalibus liberis, iam tempore concessionis natis, & ecclesiæ noris quoniam cum id iuri communi tepugnet nec aliter, quam per dispensationem, illegitimi obtinere emphyteusim ecclesiasticam possint, sine dubio, sola voluntas concedentis, & scientia ordinarii superioris, qui superiorem recognoscit, non sufficit, *per supra scripta.*

7 Quamobrem, † vt hæc perpendamus, & multa alia, quæ in materia ista scitu sunt digna, ratio fundamentalis exquirenda sedulo est, propter quam tam serio interpretes nostri, illegitimis filiis negant emphyteusis ecclesiasticæ successionem, imo, & nominationem *ex Gama, quæst. 57. nu. 5.* Si bene expendas ea, quæ Bartol. & DD. tradunt *in d. l. ex facto §. siquis rogatus in 1. ff. ad Treb. & in ca. in præsentia, de probatio.* rursus, *& in l. Generaliter §. cum autem C. de institut. & substitut.* intelliges hanc resolutionem communiter ab vtriusque censuræ auctoribus receptam, a coniectura ta ecclesiæ concedentis voluntate, & mente pendere, non ab aliqua iuris ciuilis, aut canonici speciali interdictione: Quod vtique manifeste constet ex Bartol. & aliis, *in d. §. siquis rogatus*: quatenus illius rex. argumento respondent, ab emphyteusi ecclesiastica, *pro filiis* concessa, remouendum esse filium naturalem, quemadmodum & ibi a fideicommisso, *pro filiis,* relicto, remouetur, si a persona in dignitate constituta fuit fideicommissum: quoniam hæc qualitas, quæ vnitam habet castitatis virtutem, ac libidinis abominationem, *vt iam supra adnotauimus,* euidentem præstat coniecturam, quod voluit bastardos submouere, siquidem sine peccato in lucem prodire non valent, *vt notatur in cap. nemo 32. quæstion. 4.* quod, & nihil magis Dei ecclesia execratur. Qua ratione inde natos filios, ecclesiæ odiosos iudicamus, & secundum concedentis ecclesiæ mentem ab emphyteutica successione repellimus.

Vnde † quoties hæc cessabit coniectura, & constiterit concedentem ecclesiam illegitimos auertere a successione noluisse, proculdubio, abnegari eisdem emphyteusis non potest, quod *in d. l. Ex facto §. siquis rogatus,* plane docemur, quatenus ex voluntate testatoris expressa, vel etiam tacita, ex eius conditione excerpta, probat Iureconsultus admittendos naturales esse. Quamobrem merito Ruinus, *libro 1. consil. 36. numero 7.* adnotauit, contrahentium voluntatem hac in re exquirendam, tanquam reginam esse, siquidem secundum illam modo includi, modo ab emphyteutica concessione remoueri illegitimi filii debent. *Tiraquel, de nobilit. quæstion. 23. numero 17.* Secundum quam rationem & seorsum, procedunt ea, quæ supra resoluimus, posse a principio illegitimo ecclesiasticam emphyteusim concedi, & eo casu ad eandem bastardos nominari. Sic etiam admittitur, quod diximus, concessionem pro eo, quem voluerit nominare, bastardos includere, quos similiter nominari posse, *iam supra probauimus.* Ex quibus sic enarrata defenditur Aluaroti, ac Baldi d. sententia resoluentium, concedendam esse emphyteusim ecclesiasticam, pro filiis concessam, illegitimis, quos tempore concessionis emphyteuta habuit domino directo concedenti notos, quoniam pro illis concessisse visus est, nō dispensando, vt vulgus putat, sed concedendo, quod facere potest, siquidem nulla iuris ratio resistit, excepta supra adducta, quia ab illegitimis ecclesia abstinere solet, ne illis videatur concedere, non quod inuita eosdem submouere debeat. Restat modo videre, & vt decet examinare, *an concedens emphyteusim, pro filiis, videatur naturales vocare, quos sciebat, & non alios habere accipientem?* Qui articulus dubio non caret, si eam generalem concessionem restringas ad habiles, iuxta gloss. doctrinam *in l. 1. Cod. de sacrosan. ecclesiis.* Qua non obstante verior, & constantior multo Aluaroti, & Bald. sententia est, etiam ad hanc speciem redacta, in qua simpliciter, pro filiis, concessa fuit emphyteusis, non qua pro iam natis, & nascituris concessa est emphyteusis, quo casu dubio carere ea decisio videtur.

Moueri † sum solitus ex textu ad id notabili *in l. Lucius 88. §. fin. ff. de lega. 2.* vbi testator Pamphilum testamento manumisit, & fundum suum legauit, ita vt post mortem suam filiis suis restitueretur: & quia Pamphilus filiam quandam nomine Pamphilam habebat naturalem, hæredes proprios rogauit, vt eam manumitterent. Pamphilus deinde moriens post diem legati cedentem testamento Mæuium hæredem instituit, eiusque fideicommisit, vt hæreditatem suam, id est, fundi supra scripti partem dimidiam, quam solam in bonis ex testamento patronæ suæ habebat, Pamphilæ filiæ suæ, cum primum libera fuisset, restitueret. *Quæro* (inquit Scæuola) *Pamphila manumissa vtrum ex testamento superiore patris sui patronæ eam partem petere possit: an vero ex testamento patris naturalis, ex causa fideicommissi, habita ratione legis Falcidiæ? Respondi ex his, quæ proponerentur, probari Pamphilam, dumtaxat ex testamento superiore fideicommissum petere posse.* Hæres igitur ex fundo præfato deducere

Falcidiam contendebat, Iureconsultus vero inique illum agere respondet, quia Pamphila ex patroni, non patris testamento fundum prædictum capit, & quia Claudius notat filiorum appellatione, in ea specie, in qua testator sciebat Pamphilam extare, naturales liberos contineri. Considera responsi Scœuolæ verba, quod ita expressum fuit, quoniam minime latebat defunctum Pamphilum, quem grauauerat fundum suis filiis relinquere, naturalē filiam habere, quo supposito, ait Scœuola, *ex iis quæ proponuntur probari Pamphilam dumtaxat ex testamento superiore*, idest, patroni quod priori loco factum fuit, *fideicommissum petere posse, Claudius notat, quia creditur appellatione filiorum, & naturales liberos, id est, in seruitute conceptos, contineri.* Non potuisset proprius, aut clarius Scęuola hanc rem pertractare: nam postquam docuit cessare Falcidię rationem, quia ex primo testamento patroni, non patris Pamphili filia fundum capiebat, innuit vocem, *filiis*, quibus restitui fundum patronus præcepit, naturales regulariter non continere. Qua ratione videbatur Pamphilam ex patroni testamento capere non potuisse, qui filiis iussit fundum restitui, & consequenter secundum communes regulas legitimis, per text. *in l. Filium ff. de his qui sunt sui*, ad Claudii tamen obseruationem recurrit, qui eam regulam limitauit, non procedere, vbi grauatus filios habebat naturales, idque testator sciebat, quemadmodum in eo casu contingit, in quo Pamphilus grauatus filiam habebat in seruitute conceptam, cui libertatem dari patronus iussit quapropter illam includere voluisse Claudius adnotauit, intelligens defuncti tacitam voluntatem id efficere, quod filiorum appellatione naturales contineantur, quando illos extare testator sciebat, & hoc profecto innuunt illa verba, *quia creditur appellatione filiorum, & naturales contineri*, nempe, ex supra scripta ratione, quia agnouit grauatum, illos habere imo & hoc casu spurios contineri, probat Hippol. *in l. 1. §. si seruus ff. de quæstio. num. 9.* ex auctoritate Baldi, & Barbatiæ, de quibus ibi, quod idem probat Feli. *in c. cum inter, de exceptio. n. 2. in fin.*

10 Secundum † quem sensum, ego semper intellexi accipiendum fore simile Papiniani responsum *in l. cum pater 77. §. volo. ff. de leg. 2.* vbi is deciditur in materia casus. Dominus libertis suis prædia quædam legauit, & grauauit, quod si quis eorum sine filiis decederet, partem suam quisque ceteris relinqueret. Contingit mortem obire Titium, omisso filio in seruitute concepto, is partem sui patris integram sibi adiudicandam asserebat, quia filius erat, cæteri colliberti contra: quia legitimus non esset, & de his tantum intelligendā esse clausulam, *si sine liberis decederet*, & consequenter Titii partem ad omnes collibertos pertinere, quia omnes vocati fuere. In fauorem nihilominus filii Papinianus pronunciauit, sequutus defuncti voluntatem, quæ ex eo tantum colligitur, quod ille filius erat Titii defuncti, & collibertus, idest, *simul cum patre manumissus*, & consequenter domino notus, qui eo ipso videtur, de illo in seruitute concepto sensisse. Papinianus igitur in hæc verba, *Volo prædia dari libertis meis, quod si quis eorum sine liberis vita decesserit, partem eius ad reliquos pertinere volo. Collibertum patris, eundemque filium, ex voluntate substitutionem, excludere placuit.* In ea igitur specie filius ceteros collibertos excludit, quod ea tantum ratione procedit, quia & ille collibertus erat, testatori notus, qui eundem manumiserat, aliter excludendus necessario foret, quia conditio illa, *si sine filiis decesserit*, legitimos tantum respicit, *l. generaliter §. cum autem C. de institu. & substit.* quia in conditionibus verba sunt proprie intelligenda, *l. qui hæredi. & l. Mæuius ff. de condi. & demonstra.* proprie autem filius ille est, qui ex legitimo matrimonio natus est *l. Filium ff. de his qui sunt sui.* Quocirca in casu illius text. videbatur necessario excludendus colliberti filius, qui legitimus esse non poterat, quia in seruitute conceptus. Verum est enim quod de iure ciuili contrahere matrimonium seruis non licebat, *vt habetur in princ. Institut. de nupt. l. cum ancillis, de incestis nup. §. si vero, in authentic. de nupt. colla. 4.* Quod maxime admittendum videbatur, in casu illius text. in quo impositum fuit grauamen libertis, si sine liberis decessissent, & sic hominibus liberis: Quapropter videbatur, testatorem intellexisse, de filiis nascituris post manumissionem, non vero de illis qui in seruitute concepti fuissent. Quæ fuit dubitandi ratio ad illum text. non modica. Nihilominus tamen, secundum defuncti voluntatem, Papinianus respondit, & hos filios in seruitute conceptos substitutum excludere, dummodo colliberti sint, & defuncto noti, qui propterea eosdem videtur vocasse, vt supra probauimus, *per l. Lucius, 88. §. si eod. tit. ff. de leg. 2.* Nam cum ille agnoscens extare filios in seruitute, non exclusit, vtrique vocasse visus est, & hoc ibi Iureconsultus ait, secundum defuncti voluntatem substitutos excludi.

Ex † quo quidem sensu, & non contemnenda interpretatione, cauendum semper duxi, ab eorum auctorum traditione, qui per tex. *in d. §. volo*, resoluunt, liberorum appellatione contineri naturales, etiam ad substituti exclusionem ponderantes, quod ibi fuit adiecta conditio, si sine liberis decesserit, & intelligentes verbum, *liberos*, latius multo, quam filios patere. *Decius in d. c. in præsentia, de proba. n. 46. vers. si tamen.* Quæ mihi inutilis quoad hæc Regna disputatio videtur, quia interpretari verbum, *liberos*, vt differat a verbo, *filios*, nullatenus potest, vt interim omittam in specie, quam tractamus, nullam videri constituendam differentiam, inter conditionem, *si sine liberis decesseris*, de qua loquitur, *d. l. cum pater §. volo*, & illam, *si sine filiis*, de qua loquitur *l. Lucius d. §. fin.* quarum legum decisio eadem omnino est, & in nullo discrepat, *vt supra proxime adnotauimus*: & ostendimus, ex defuncti præsumpta, & coniectutata voluntate substitutum excludere, in seruitute natum filium, quia illum cognouit testator, & cum non submouit, vocasse visus est. 11

Secundum † quem etiam sensum, vt opinor, intelligendus est ille celebris Iureconsulti locus *in d. l. ex facto 17. §. si quis rogatus, in 1. ff. ad Treb.* cuius hæc sunt verba, *si quis rogatus fuerit, vt si sine liberis decesserit, restituat hæreditatem Papinianus, lib. 8. responsorum scribit, etiam naturalem filium efficere, vt deficiat conditio, & in libertino, eodemque colliberto hæc scribit.* Interpretor ego in his verbis Iureconsultum referre, Papinianum id docuisse obseruandum, quando is filius in seruitute conceptus est patris colli- 12

collibertus, secundum quem sensum, vltima illa verba, *& in libertino, eodemque colliberto hæc scribit*, stant declaratiue, & restrictiue ad superiora, quæ ita intelligi debent, procedere, quando filius naturalis est etiam collibertus, & consequenter, illum defunctus sciebat, grauatum habere: quo casu illum videtur vocasse. Et hic sane est, rectus, & genuinus illius literæ sensus, secundum quem Papinianus *in dict. leg. cum pater 79. §. volo*. & Scæuola, *in dict. leg. Lucius 90. §. fin. ff. de legat. 2.* & Vlpianus *in dict. leg. ex facto 17. §. si quis rogatus, in 1.* sine dubio conueniunt, respondentes, naturales filios excludere substitutum, & consequenter contineri sub conditione, si hæres sine filiis decesserit, dummodo defunctum non lateat, quod ille naturales habebat filios, quos eo ipso, quod non submouit, vocasse visus est.

13 Quo† sane argumento vtiliter defendi potest, quod iam supra resoluimus, naturales filios petere posse emphyteusim ecclesiasticam, *pro filiis*, cōcessam, si modo illos extare ecclesiæ rector sciebat, quia eo ipso illos visus est inuitasse, quod eosdem non exclusit, quæ profecto est, plusquam vtilis in praxi resolutio, & super qua aliquando vidi peritissimos viros mire discrutiari, *ex auctoritate Bald. & Aluaroti, de quibus supra*, quorum doctrinam dicebam, huic articulo applicari non posse, quoniam loquuntur in casu claro, quando fuit facta concessio, pro filiis natis, & nascituris, nec alii erant nati, nisi illegitimi, quod minime concedentem latebat. Idque ex iuribus supra proxime citatis, & inductis plane deducitur. Voluntatis enim hæc quæstio est, vt in *d. §. si quis rogatus* Iureconsultus probat, ibi. *Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæstio esse videtur, de quibus liberis testator senserit, sed hoc ex dignitate, voluntate, & conditione eius, qui fideicommisit, accipiendum erit*. Ecce qualiter Iureconsultus, postquam retulit Papiniani responsum, *in dict. leg. cum pater §. volo ff. de legat. 2.* subdit sibi videri huius quæstionis decisionem a voluntate defuncti pendere, quam ex voluntate, dignitate, ac conditione testantis deduci recte posse testatur, adde etiam, vel alia simili coniectura, qualis illa est quādo grauauit eum quem sciebat naturales habere filios.

Consonat ad id notabile Iaboleni responsum *in l. fin. ff. de iure delibe.* vbi hæc proponitur decidenda quæstio. Titius habens filium impuberem ex propria ancilla manumisit, eumque sibi hæredem instituit, deinde ita cauit, *si mihi nullus heres erit, qui in suam tutelam veniat, Dama seruus meus liber, & heres esto*, quæsitum fuit, *an Dama, ex dictis verbis liber esset?* Et Trebatius negabat, quia filiorum appellatione libertinus ille naturalis filius ab eo manumissus continetur. Labeo vero contra putat, quia in hac specie dicendum est, de vero filio testatorem loquutum fuisse, & sic de iusto, & legitimo, secundum *adnotata in l. generaliter §. cum autem Cod. de institu. & substitu.* quam Iureconsultorum controuersiam, Iabolenus temperans, sic ait, *Trebatii sententiam probo, si tamen testatorem de hoc filio loquutum esse appareat*. Vides qualiter filiorum appellatione conceptus in seruitute, & sic in figura matrimonii non continetur, nisi id voluisse defunctum appareat, ex aliqua nempe coniectura, de quibus *dict. leg. Ex facto §. si quis rogatus in 1. ad Treb. & in dict leg. cum pater §. volo, modo supra explicata* qualiter autem illa l. fin. conueniat illi titul. *de iure delib.* præsentis tractatus non est.

Diximus † in seruitute natos, in figura matrimonii conceptos, vt dici valeant naturales. Aliter enim spurii magis dicendi sunt *l. ex libera C. de suis, & legiti. heredi.* excludebant hi filii in seruitute concepti substitutum, quia parentibus abintestato succedebant, tanquam legitimi. *vt habetur in prin. Institu. de seruili cogna. Bartol. in d. l. Ex facto. § si quis rogatus, in 1. n 2. ff. ad Treb. & ibi Alex. & Vincentius, col. 2.* licet Panor. *in c. in præsentia, de proba. numer. 13.* dicat dictum princ. *Instit. de seruili cognat.* nullatenus Bartol. opinionem probare, quem ibi sequitur Decius, *numero 37*. Verius tamen & receptius est, quod Bartol. probat, naturalem filium, qui per legem, vel statutum parentibus ad instar legitimorum succedit abintestato, sub ea conditione contineri, si sine liberis decedat, & substitutum excludere, quæ fuit sententia gloss. fin. *in l. heredibus 77. §. fin. ff. ad Treb. ibi, quia filia quo ad matrem, & ibi Bartolus numer. 3.* & est recepta traditio. *secundum Alexand. in dict. leg. ex facto § si quis rogatus numer 10. Decium in d. cap. in præsentia, numer. 43. Ruinum consil. 561. numer. 23. lib. 2.* Quæ intelligenda traditio, necessario est, etiam si in dignitate sit constitutus testator, *vt in d. §. si quis rogatus*. omnes sentiunt, dum distinguunt naturales in seruitute conceptos ab aliis naturalibus, vt ibi per Claudium, *columu. 1.* & Vincentium, qui firmat communem, *column. 3. Costa in l Gallus §. & quid si tantum 5. par. num. 63.* licet contradicat Alexand. *in d. § si quis rogatus numero 4. & Ripa. n.* incaute firmans id esse, de mente Bar. & aliorum.

Vnde † in his Regnis vtiliter resoluitur, naturales, qui per l. Reg. *lib. 4. tit. 71.* ad instar legitimorum parentibus succedunt, sub illis verbis *si sine liberis* contineri. vt tradit Costa, *d. 5. part. nu. 64*. Quo etiam argumento, conceptus in seruitute filius, sub eadem conditione contentus, substitutum excludit, *vt in d. l. cum pater §. volo. habetur* licet hunc sensum non percipiens Panor. *in d. cap. in præsentia num. 13. de proba.* contradicat, non aduertens, quod etiam isti ad similitudinem legitimorum parentibus succedunt, dict. princip. Institut. de seruili cogna. 15

Hoc † etiam argumento, & ratione defenditur Bartol. sententia *in d. § si quis rogatus, num. 4.* volentis filium spurium, quo casu matri succedit, *iuxta adnotata in § nouissime Instit. ad Orfici.* excludere substitutum *sequitur Ripa, ibi. nu. 49. & Tiraqu. in l. si vnquam C. de reuo. dona. verbo, liberos n. 51.* licet contradicat etiam Panor. *in d. c. in præsentia n. 21.* qui etiam veniunt, ex ratione de qua supra intelligenda, licet testator sit in dignitate constitutus, licet aliud opinetur Alex. *in d. § si quis rogatus num. 7.* 16

Cuius opinio defendi potest, quando filia testatoris fuit grauata, si sine filiis decedat, quoniam hoc casu respondendum est, patrem de his filiis illegitimis minime sensisse sibi prorsus odiosis, & familiam denigrantibus *argumento l. Mulier. 22. §. cum proponeretur ff. ad Treb. Bart. nu. 2. in l. heredibus § fin. Alex. in d. § si quis rogatus n. 7. & 10. & ibi Vincen. col. 4. ad medi. Decius d. c in præsentia n. 41. Socin. qui ampliat cons. 249. n. 24. lib. 2.* Ex quibus distinctio d. *§ si quis rogatus*, in filia grauata defendi non potest,

licet defendatur in filio masculo, cuius libido non tam execrabilis est, *vt tradit gloss. in l. palam, de ritu nuptiarum Ripa in d. § siquis rogatus, num. 23.*

Vides itaque qualiter ex supra scriptis defenditur Bartol. sententia *in d. § si quis rogatus, numer. 2.* intelligentis, ideo in casu *d. l. Cum pater. §. volo ff. de lega. 2.* filium naturalem excludere substitutum, quia erat in seruitute conceptus, & ad instar legitimorum succedebat. Quod sane, & si hodierna die verum sit, & admitti possit text. tamen *in d. §. volo*, & similibus applicari nullo modo potest. Scimus enim dispositionem text. *d. princip. Institut. de seruili cog.* admittentem hos filios in seruitute conceptos, ad successionem parentum, tanquam legitimos nouissimam esse. Etenim ante Iustinianum contrarium obseruabatur, quare sensus Bar. & si verus sit, & tenendus *d. §. volo*, applicari non potest: quia de iure ff. illi filii non succedebant, tanquam legitimi. Ad quod certe debuisset Bart. aduertere, & de iure antiquiori illos filios non succedere plane deducitur, ex text. *in l. Ex libera.* secundum Fulgo. & Cornei sensum, *ibi, Cod. de suis, & leg. her.*

17 Quocirca † verius est, quod supra diximus, illo casu filium includi, quia illius conscius defunctus eum non exclusit: quamuis Costa strenuus quidem vir, & olim noster præceptor in *l. Gallus §. & quid si tantum 5. part. a num. 7. & in cap. si pater, de testamen. in 6. par. 1. verbo, si absque liberis, numero 41.* intelligat, illud contingere, quia defunctus huius filii naturalis, & illegitimi mentionem fecit, cum illi libertatem donauit. Quoties enim defunctus in aliqua testamenti parte naturalis filii, & illegitimi mentionem fecit, nostri interpretes intelligunt illum minime excludi, & consequenter substitutum excludere *argumen. l. Qui filiabus 17. in prin. ff. de leg. 1.* quod ita resoluendum probat Alex. *in d. § siquis rogatus n. 6. Vincen. col. 3. Ripa 17. Decius in cap. in præsentia. de proba. num. 39.* & dicit verissimum Socinus *in l. cum auus ff. de condi. & demonstra. nu. 68.* secundum quem sensum Bar. *n. 2. d. § siquis rogatus*, videtur illum text. *in d. § volo*, recitasse, licet per errorem in aliquibus codicibus reperiatur, relatus tex. *in § rogo.* in quem sensum Bar. retulit Corneus *in l. generaliter § cum autem C. de institu. & substitu. col. fi. versi. vel tertio dicas, & Socinus in consil. 63. n. 14. lib. 3.* Quæ sane consideratio & si noranda sit, & tanto viro digna conuenire rationi Iureconsulti *in d. leg. Lucius §. fin. ff. de leg 2.* non videtur, quæ habet ideo naturalem collibertum substitutum submoueri, quia filiorum appellatione continetur, quod minime cōuenit Costę argumēto, secundum quod, respondendum erat, quia illius fuit facta mentio.

Verum in terminis *l. Qui filiabus, ff. de lega. 1.* nomen filiarum, ex sua propria significatione posthumas comprehendit *l. Nomen filiarum ff. de verb. sig.* & propterea in ea l. ea dubitatio inerat, *an quia nata non erat posthuma, quasi per obliuionem videtur omissa, iuxta ea, quæ habentur in § posthumi. Insti. de exhared. liberorum?* Quam dubitandi occasionem Iureconsultus dicit submoueri, si aliqua parte testamenti illius facta est mentio. Sed cōtrarium in casu nostro obtinet, in quo appellatione filiorum naturales proprie non continentur, *per l. Filium, ff. de his, qui sunt sui.* si maxime testator sit in dignitate constitutus. Quo circa a dict. leg. *Qui filiabus*, ad casum quem tractamus, recte non infertur, nec iure aliquo probatur, mentionem factam naturalis filij vrgentem præstare coniecturam voluntatis, quod illum voluerit defunctus includere, & substitutum submouere. Imo contrarium præsupponitur in *l. Generaliter. §. cum autem. C. de institu. & substitu.* quamobrem nostræ videtur magis adhærendum interpretationi.

Sed † insignes Conimbricenses præceptores, 18 hanc controuersiam ita temperare voluerunt, quod quamuis verum sit, quod conditio sic concepta, *si liberos habuerit*, solum ad suscipiendos referatur. l. *Solemus. ff. de condi. & demonstra.* vbi Socinus, *numero 2.* rationem ponit, conditio tamen, de qua agimus, *si sine liberis decesserit*, tam natos, quam nascituros respicit, si modo viuant tempore mortis paternæ. *dict. leg. Ex facto. §. pen. ff. ad Trebel. & efficaciter deducitur, ex dict. leg. Cum pater §. volo. & dict. leg. Lucius § fin ff. leg. 2. tradit Ruinus, nu. 43. in l. Gallus §. & quid si tantum ff. de lib. & posthum.* Quocirca, quia d. conditio ad iam natos filios refertur, & eos comprehendit, nec grauatus alium, quam naturalem habet, merito de eo videtur intellectum, ex regula *l. 2. ff. de lib. & posthum.* Inducebant viri illi, doctrinam Aluaroti, *numer. 13. in cap. 1. §. naturales, si de feudo fuer. contro.* resoluentis, naturalem videri vocatum ad feudum concessum, pro filiis natis, & nascituris, si solus extat naturalis, qui tempore concessionis iam natus erat: cuius sententia recepta est, secundum Ripam *in d. § siquis roga. numer. 66. & Corra. in miscella lib. 1. cap. 7. nu. 6.* sic intelligentes fore interpretandum *d. §. volo, & d. §. fin. l. Lucius.* Denique & defendi Paulum *in d. § siquis roga. numero sexto* asserentem filium legitimum iam natum tempore concessionis, præcedere, quasi in illo tantum verificetur conditio, licet illum carpere non dubitet. *Alex. ibi, nu. 8. ad finem & Ripa. nu. 26.*

Ego † quamuis illius inclytæ academiæ præce- 19 ptorum interpretationes magnopere laudare, & amplecti sim solitus, hunc sensum non probo, cū animaduerto, secundum eum oportere naturalem filium admittere, quamuis illius notitiam nullam habuerit defunctus, quo possimus inducere, illum etiam vocare voluisse. Necessaria est enim hac in re, vt naturalis non maneat exclusus, aliqua voluntatis defuncti coniectura, quod illum noluit submouere, prout regulariter submouendus est, nisi ex dignitate, voluntate, aut conditione testantis ille includatur, *vt iam supra ostendimus.* Qua ratione oportet defunctum scire, grauatum habere naturales filios, vt illos etiam probasse visus sit, aliter ignorans dissentire magis, quam approbare naturales dici potest.

Ex † quibus sic enodatis, resoluendum est, ec- 20 clesiasticam emphyteusim, *pro filiis*, concessam, ad naturales, & illegitimos nascituros peruenire nullo modo posse quia de illis, qui sine peccato edi nō possunt, ecclesiam minime cogitasse, credendum est, quem tristem euentū non licuit sperare, *ex § sacram. l. Inter stipulatum ff. de verbo. obliga.* nec magis ansam, aut occasionem dare, in tanto criminis vitio filios concipiendos vocasse: quaratione illa clausula, *si sine filiis decesserit*, legitimos tantum respicit, qui vere sunt filii, iuxta tradita *in l. Filium Digest. de his qui sunt sui.* maxime in his termi-

terminis, in quibus illi vocantur, per conditionem, quæ debet impleri proprie & in forma specifica *l. Mæuius, & l. Qui heredi. ff. de condi. & demonstr.* Quamobrem licet etiam respiciat iam natos filios, eos tantum respicit, qui sunt legitimi, non bastardos. Ex quibus corruit manifeste Conimbricensium interpretatio, & argumentum, nisi nobiscum concordantes addant, contineri illegitimos iam natos, si concedentem non latebant, quia illos ecclesia visa est probare, quando eosdem non submouit. Cessat enim hoc casu illa sinistra, & odiosa illegitimos procreandi occasio.

21 Ex † his modo prædicto explicatis, aliquando respondimus, de consensu solius ecclesiæ, seu illius rectoris, aut abbatis, posse ad emphyteusim illegitimum nominari: nam cum *(vt prædiximus)* inclusio, & exclusio huius generis hominum, pendeat a concedentis voluntate, & intentione, consequens est, sufficere illius assensum, vt illegitime natus habere emphyteusim possit, & hoc iure passim vtimur. Nec te moueat, necessariam esse summi Pontificis legitimationem, quo bastardus possit huiusmodi emphyteusim ecclesiasticam consequi, & ad eam nominari, quia ea traditio procedit, vt inuita ecclesia, & minime consentiente, ille emphyteusim obtinere valeat, & ad eam libere nominari possit.

22 Ex † eisdem etiam iactis fundamentis, & rationibus vtiliter infertur, emphyteusim concessam furioso, & filiis suis, ad naturales & illegitimos filios pertinere, de quibus sensisse, & cogitasse, ecclesiam probabile est, siquidem illi emphyteusim concessit, qui legitimos filios habere non potest: quo casu pro illegitimis concessisse necessario respondendum est: quoniam hos tantum, non legitimos habere potest, vt est text. *in l. Heredibus 77. § fin. ff. ad Treb.* vbi fuit filia grauata *si sine filiis decesserit*, & respondet I.C. naturales filios excludere substitutum, quia furiosa erat, & matrimonium contrahere non poterat: quare illi parcendum est, *vt ibi adnotauit Accursius verbo conditioni*, per text. ad hoc notandum *in l. quæreret aliquis 136. ff. de verbo. sign.* ibi, *nec est enim, quod eis imputetur, qui qualiter potuerunt, statutis obtemperauerunt: nec id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet.* quod ita resoluendum firmat Bart. *in d. § fin. ante n. 4. Panor. in d. c. in præsentia, de proba. n. 14.* quæ vtilis sane resolutio est, ad l. Reg. *lib. 2. tit. 17. §. 9.*

23 Quo † argumento, si clerico emphyteusis concedatur, & filiis suis, necessario respondendum est, audiendos illegitimos esse, quoniam pro iis similiter visa est ecclesia concessisse. Certi enim iuris est, secundum iuris præcepta, & sanctæ Romanæ ecclesiæ traditionem, clericos in sacris ordinibus constitutos, vxores minime ducere posse: *c. presbyteris 27. distin.* traditur *in c. 2. qui cleri. vel vouentes Bernar. in praxi. c. 74.* Quocirca carere filiis legitimis, illis necessarium est, merito igitur, qui clerico emphyteusim concessit, & filiis suis, de illegitimis, quales ille habere potest, sensisse videtur, ex regula *d. l. Heredibus 77. § fi. ff. ad Trebellia.* quæ fuit sententia Ang. *in l. Si quis posthumos ff. de lib. & posthu. vbi Alex. n. 8.*

Attamen in hoc contrarium *in d. §. fin.* resoluit Bar. *num. 4.* firmans, quod in hac specie de his filiis neutiquam curandum est, de quibus si intellexisset concedens nihil agit, quia contra bonos mores, & canonicos clericum inuitat, ad illicitum, & concubinarium coitum, quod nefas esse, iure constans assertio est. Qua ratione, inquit Bartolus, prædicto modo facta concessio, intelligenda est, de filio ciuili, qualis est ecclesia, quam loco filii habere clericus potest, *secundum adnotata in cap. in præsentia, de proba.* vbi hoc ita probat Panor. *n. 15. cum seq. & Decius, n. 38. & ibi Paris. nu. 47. Ripa d. §. Ex facto n. 18. cum seq. Paleotus c. 28. num. 5.* Hic est enim filius, quem legitimum habere potest clericus, & de quo sensisse concedentem dicendum est, non de illegitimo, quem citra peccati reatum habere clericus, non valet. concordat Greg. Lop. *in l. 28. tit. 8. Par. 5. verbo, seguu se autene.*

Aliter † spurius filiorum nomine contineretur, & substitutum excluderet contra adnotata *in d. l. Generaliter §. cum autem C. de instit. & subst. & in l. Ex facto § si quis rogatus ff. ad Trebell.* Is enim filiorum nomine indignus est, *auth. ex complexu C. de incestis nup.* tradit *(post alios)* *Decius in d. c. in præsentia, de proba. n. 33.* Quocirca verosimile non est, de tam turpi & ignominiosa prole ecclesiæ adeo odiosa, vt nihil supra, concedentem ecclesiam sensisse, *vt habetur in titulo, de filiis presbyterorum*; adeo vt serui ecclesiæ tales filii reputentur *c. cum multa 15. qu. fin.* quamuis id consuetudo non obseruet *gloss. & Pan. in c. 1. in fi. de tregua, & pace. Faber in § seruitus Instit. de iure personarum.* Ita in specie resoluit Paleotus, *lib. de nothis, c. 28. n. 1. cum seq.* quam & ego sententiam probo, ne quo modo legi prohibenti presbyterorum filiis successionem fraus fiat. 24

Ceterum † quod Barto ait posse hanc concessionem clerico, & filiis factam ad ciuiles filios referri, & consequenter ad ecclesiam, quam ille filii luco habere potest, *secundum adnotata in c. in præsentia, de proba & in authen. nisi rogati. C. ad Treb. & vtrobique DD. & Ripa in d. l. Ex facto § si quis rogatus nu. 36. cum seq. ff. ad Treb.* ego probare vix possum, quoniam in casu *d. l. Ex facto § si quis rogatus ff. ad Treb.* in quo grauatus fuit hæres, si sine filiis decederet, eam sententiam, quod monasterium excludat substitutum, non probant, *Decius, d. cap. in præsentia nu. 32. & Paleotus, de nothis, c. 28. n. 5.* 25

Tum, † quia iuris præceptis non conuenit monasterium filii loco haberi posse, in his concessionibus conditionalibus, in quibus nomen, *filius*, proprie accipiendum est. *per l. Filium. ff. de his qui sunt sui, coniuncta l. Mæuius, & l. Qui heredi. ff. de condi. & demonstra. Bart. in authen. nisi rogati. C. ad Treb. Bal. in d. l. Filium Feli in d. c. in præsentia n. 74. de proba.* Quo argu. idem in contractibus respondendum videtur, maxime vbi concessio facta fuerit, *pro filio, qui nominabitur*: quæ resoluitur in conditionalem *si nominabitur*, monasterium nequaquam admitti. Tum etiam, quia verba conditionaliter prolata, significant rem dubiam, & pendentem a conditionis euentu, *Bar. in l. 1. in prin. ff. de condi. & demonstra.* Qua ratione illa clausula, *si sine liberis, decesserit*, vt rem dubiam importet, & quæ possit adesse, & abesse, ad monasterium referri non potest, quia ecclesia deficere non potest *cap. libertis 12. quæstion. 2.* nec semel ingressus exire potest *c. semel Deo, de regu. iur.* 26

Quæ † sane ratio emphyteuticæ concessioni optime conuenit, quæ ita conceditur, vt finita generatione ad concedentem reuertatur, quod 27

neutiquam contingit, si ad eecclesiam, seu monasterium peruenire posset, penes quod perpetuo maneret, citra vllam spem reuersionis, & futuræ consolidationis, quod domino directo, adeo noxium existimatur, vt nominari ad emphyteusim, ecclesiam non posse, freqnentius apud nostros interpretes receptum sit vt aduotauit gloss. *in ca. potuit, de locato*, communiter in hoc recepta, *teste Imola, ibi, nume. 24. ad fin. sequitur Iacobinus in auth. qui rem C. de sacros. ecclesijs, nu. 164. & nos latius diximus in tracta. de renouatio. emphyt. qu. 19.* Ex quibus verissimum sane arbitror concessa emphyteusi, siue ecclesiastica, vel seculari Titio in tertiam generationem, sub vulgari formula cum potestate nominandi, secundam, & tertiam personam successiue, sub huiusmodi facultate nominandi, ecclesiam, seu monasterium neutiquam contineri posse. Id enim, tam concedentis intentioni, & voluntati cohæret, vt si de eo ita dominus concedens interrogatus fuisset, ita responsurum credendum sit, quare pro expresso, habendum est, id de quo dominus ita disposuisset, si meminisset *argu. l. tale pactum §. fin. ff. de pact. & argu. l. si totas C. de inoffi. donati. & eorum, quæ tradit Socinus cons. 172. n. 19. lib. 2 & Tiraq. in l. Si vnquam C. de reuoc. donat. in prin. nu. 55. & Pinellus, in consil. 1. pro Marchione Guadalensi n. 43. cum aliis a nobis adductis in nostro responso, pro Sebastiano Limpo. n. 40.* vbi probauimus expressum dici, quod testator disposuisset, si fuisset interrogatus. Quare idem & in contractibus obtinet, quorum valet argumentum ad vltimas voluntates, nedum probabile sed frequens, *text. not. in l. fin. & ibi Salic. Cod. de legatis. text. in princip. Insti. de lege Fusia. Cani. tollen. & ibi gloss. Faber. & Ange. & Roman. in repet. authentic. similiter 12. specialis pia causa columm. pen. Cod. ad leg. Falcid.* & ab vltimis voluntatibus ad contractus valet argumentum *text. not. in l. Pactum inter heredem & ibi Bartol. ff. de pact. text. in l. Iure ciuili. ff. de condi. & demonstr. l. Seruum filii. § eum qui chyrographum. & ibi Raineri & Imola ff. de leg. 1. tex. in l. Si diuortio & ibi Ange. ff. de verbo. oblig. Bald. in l. Vni. C. de lege Fusia. can. toll. cum aliis per Euerardum loco legali 27.* Qua ratione, in dispositionibus stricti iuris, sicut sunt contractus, *l. quicquid adstringendæ ff. de verbo. oblig.* etiam id expressum dicitur, quod contrahentes ita disposuissent, si interrogarentur, vt tradit Alex. *cons. 34. ad fi. lib. 2.* pro quo est tex. in *§. in hac insti. de verborum obliga.* ibi, *Solemnitate verborum sublata, solum sensum, & intellectum prævalere*, text. *in l. cum de lanionis §. asinam ff. de fundo instructo*, ibi, *optimum esse. non verborum proprietatem scrutari, sed magis quid testator demonstrare voluerit, & in qua præsumptione verba sint.* Quamobrem si dominus initio concessionis tribuendo nominandi facultatem, existimaret emphyteutam monasterium, seu ecclesiam nominaturum, a qua difficile esset rem suam euincere, & pensionem exigere, vtique minime concessisset, ideoque praxis forensis, & ciuilis disciplina huiusmodi nominationes, nequaquam admittit, tanquam factas in personas prohibitas, ratione potentiæ, & fori priuilegio. argu. text. *in l. fin. Cod. de iure emphyteut.* ibi. *Si ius emphyteuticum ad personas non prohibitas, sed concessas, & idoneas, ad soluendum emphyteuticum canonem transponere.* & Ordina. Regia. *lib. 4. titul. 64. in princip.* ibi. *pessoa que liuremente pague o foro.* quod nos latius disputabimus *infra in 3. part. de potesta. nominan. in princip. num. 2. cum seq.* Qua ratione verosimile non est, concessionem sacerdoti factam, *pro filiis*, verificari posse in ecclesia, ab eodem, loco filii, hærede facta, aut nominata, quæ vtilis profecto est, & non contemnenda obseruatio ad l. Regiam, *lib. 2. tit. 17. §. 7.*

Quocirca † non desunt, qui intelligant, regu- 28
landam esse huiusmodi concessionem factam, pro filiis clerici, aut religiosi a quauis alia, & consequenter ad alios, quam legitimos filios eorundem, transire emphyteusim non posse, quos sane habere sacerdos, ex matrimonio legitime per apostolicam dispensationem contracto potest, vt est videre per Ripam *in d. l. Ex facto §. si quis rogatus, in 1. n. 19. ff. ad Treb.*

Potest † enim Papa super continentiæ voto, e- 29
tiam expresso, quale est religiosorum dispensare, & illis contrahendi matrimonii licentiam concedere, *vt habetur in cap. cum ad monasterium, de statu monac. Ioan. Andr. in mercu. c. quod semel Deo, de regu. iuris, Felin. in c. si quando, de rescriptis, n. 5. Iaso in l. fin. n. 2. C. de transacti. S. Anton. 2 par. tit. 11. ca. 2. § 11. Quintilia. de signa. gratiæ. pag. 118. super tit. de voti commuta. colu. 3. in princ. firmat Parisius, lib. 4. cons. 68. n. 147. cum sequent.* Cuius est etiam sententiæ D. Thom. *in 4. distinct. 38. q. 1. art. 4. circa medium tradit Panor. c. cum olim n. fi. de cleri. coniuga.* vbi firmiter resoluit, clericis contrahendi matrimonii posse summum Pontificem licentiam concedere, vt sint coniugati, quemadmodum sunt sacerdotes ecclesiæ Græcæ *tradit Alexand. lib. 1 cons. 2. sequitur Ripa, d. num. 19.* De his igitur filiis, inquit Ripa, potest, & debet intelligi, ea concessio facta, pro filiis sacerdotis, aut alterius religiosi.

Nec † dixeris, hanc considerationem respice- 30
re casum impossibilem, siquidem exigit Pontificis licentiam, & dispensationem, quæ in iure nostro impossibilis reputatur *l. Apud Iulianum § fin. ff. de lega. 1. habetur in l. Intercidit ff. de condi. & demonstr. & in l. Quidam relega. ff. de rebus dubiis*, quoniam (inquit) etiam spurius institutus parentibus non valet, & nihilominus sub illa conditione, si legitimabitur, recte hæres institui potest *l. illa institutio ff. de hered. insti. & ibi Ange. Imol. & alii, & in l. in tempus eod. tit.* ceterum legitimandi potestas, de reseruatis principi esse dignoscitur *l. 1. ff. de nata. resti. Bar. in l. Non ambigitur ff. de legibus.* Quo argumento Ripa credit idē obseruandū fore, in casu quē tractam.

Ego † tamen contrarium verius, & probabili- 31
us esse existimo, cum Paleoto a Ripa recedente *in lib. de nothis c. 28.* intelligente, iniuste Ripam comparare dispensationem illegitimorum cum licentia, & dispensatione contrahendi matrimonii sacerdotibus, & religiosis concedenda. Nihil enim est in palatio illorum impetratione facilius, hac nihil prorsus difficilius *vt habetur in d. c. cum ad monasterium, de statu. monac. in fine & in d. c. semel Deo, de reg. iur. in 6.* Qua ratione impossibilis impetratio reputatur, *secundum DD. in d. l. Apud Iulianū § fi. ff de leg. 1. Bar. in l. fi. C. de sententiis a pæna col. 2. Decius in l. Ea quæ raro ff. de reg. iur. in fine & ibi Cagno. n. 4. Iaso. & alii in d. l. Apud Iulianum §. fi. a n. 8. Couar. de spons. 2. par. c. 3. n. 8 & lib. 3. resolu. c. 19. ante n. 6. vers. deinde Pinel in l. 1. C. de bonis ma. 3. par. n. 52. vers. & inde inferendo. Matienzo Hispa. lib. 4. dialog. 11. n. 7. Tellius, in l. 29. Tauri. n. 7. versi. nunc autē & n. 11. Baeça, lib. de non melio. filia. c. 26. nu. 4.*

Vtin-

32 Vt † interim omittamus illius articuli tractatum, *an summus Pontifex possit cum religiosis dispensare, illisque concedere matrimonii contrahendi facultatem*, quæ adeo ambigua theologis visa est, vt quamplurimi partem negatiuam probabiliorem iudicent, sequuti in hoc Diuum Thomam, qui *in 2. q. 88. art. 11.* hanc firmo pede probat, quem sequitur Syluester, *verbo, votum qu. 5.* Et hanc veriorem esse testatur Quintilianus *d. lib. de signa. gratiæ pagin. 118. versicul. verum tradunt Palud. qu. 4. in 4. distin. 38. & ibi Ricar. art. 11. q. 1. & Duran. qu. 2. Maior. qu. 14. & Caieta. ad Thomam d. art. 11. Medina, de confessi. c. de dispensatione, super confessione reuelanda col. 2. & Sotus lib. 7. de iust. & iure q. 4. art. 1. cum seq.*

33 Hæc † forte persentiens Ripa obiici sibi posse, addit posse etiam d. concessionem verificari in filiis natis, & a sacerdote, seu etiam religioso procreatis ex matrimonio putatiuo contracto, cum ea quæ ignorabat illum sacerdotem esse, aut religiosum, qui quidem filii propter matrimonii bonam fidé legitimi sunt, & ad instar legitimorum succedunt, *vt habetur in cap. 2. & in cap. ex tenore, qui filii sint legitimi gloss. in cap. de illo 32. distin. tradit Curt. iuni. consil. 52. Couarru. de sponsa 2. par. §. 1. cap. 8. fol. 149.* Quæ sane resolutio nimis suspecta redditur si consideres, quod præsupponit emphyteutam matrimonium debere contrahere, & sic tam enorme delictum committere, quod non est verosimile cogitasse ecclesiam, licet id præter spem concedentis contingere Ripa intelligat quod iustificare eam sententiam minime valet, vt credere teneamur, tam turpe facinus perpetraturum sacerdotem, quo posset filios habere legitimos, qui capere emphyteusim possint.

34 Vnde † nonnulli intelligunt eam concessionem pro filiis sacerdotis factam, verificari posse, in filiis adoptiuis, quos clericus habere potest, & adoptare, *l. si pater §. fin. ff. de adopt. Pan. in cap. 1. de cogna. legali.* vt in specie adnotarunt Bald. Imol. & Alexand. *num. 8. & post illos Iason. ibidem, num. 8. cum seq. in l. si quis posthumos ff. de lib. & post.* ita nominatim resoluit Decius *in d. cap. in præsentia, numer. 38.* ad quos filios adoptatos referendam esse huiusmodi concessionem sane videtur, siquidem nullos habere sacerdos iuste potest, vt præfati interpretes resolnunt, eosque iuuat regula *l. 2. ff. de li. & post. & l. si quando ff. de leg. 1.* Quæ etiam resolutio in terminis *d. l. ex facto §. si quis rogatus*, passim a nostris auctoribus solet improbari, quia per eam facili negocio excluderetur substitutus: quoniã per adoptionem ille submoueri posset. Inutilis enim maneret substitutio, & ludibrio redderetur voluntas defuncti substituentis, *si sine filiis hæres decederet*, si illi, ad excludendum substitutum liceret, filium adoptare quod incõueniens, vt euitetur, clausula illa, *si sine filiis decesserit*, restringit ad filios legitimos, & naturales, quos tantum voluit defunctus substitutum excludere posse, non adoptatos, vt Iureconsultus docuit *in l. Si ita 53. §. 1. ff. de leg. 2.* vbi sic Vlpianus respondit, *is cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, vtique non poterit adoptando tertiam partem consequi.* Concordat Papinianus *in l. Fideicommissum 75. ff. de condit. & demonstra.* in hæc verba, *fideicommissum a filiis relictum, si quis ex his sine liberis diem suum obiret, adoptionis commento non excluditur.* Quibus iuribus palam docemur, adoptiuos filios substitutum non excludere, vti voluere plurimi, quorum meminit Tiraquell. *in l. Si vnquam Cod. de reuo. dona. verbo, liberos, numer. 10 Ripa in dict leg. Ex facto §. si quis rogatus, numer. 35. ff ad Trebelli. Costa in cap. si pater, de testam. lib. 6. pagin. 154. numer. 46. & Ascan. lib. de patria potestate cap. 5. num. 10. & 11. Paleotus lib. de nothis. cap. 18. numer. 6. Decius consi. 399.* Quæ traditionis ratio in clerico maxime procedit, qui cum nõ speret legitimam sobolem, facile moueri poterit adoptiuam quærere. Comprobari hæc possunt, ex multis quæ Ripa *in d. §. si quis rogatus*, cumulat, *a n. 31. & Tiraq. in d. verbo, liberos, a n. 2.*

Inter † quæ, illud maxime facit, quod ibidem *n. 7.* Tiraq. probat, filiorum appellatione adoptiuum non contineri, quia fictus est, non vere filius *l. filio quem, in princip. ff. de lib. & posthum.* ibi, *ne imagine naturæ tradit Corneus lib. 3. consi. 85. in prin. Picus in l. Titia §. Titia. ff. de leg. 2. n. 61. cum seq. Ascan. de patria potesta. c. 5. n. 8. & 9.* Qua ratione fœminas non excludit Corn. *in d. consi. & Ascan. d. c. 5. n. 13. vers. 4. Tiraq. d. verbo, liberos, nu. 11.* aliter fœminas posset grauatus, quando vellet, submouere. 35

Quo † argumento, & ratione in casu nostro, ne omni spe consolidationis directus dominus careat, qui ita emphyteusim concessit pro filiis, vt illis non extantibus repeteret, necessario fatendum est, hos adoptiuos non contineri in concessione sacerdoti facta, & filiis suis, quod ex auctoritate Speculatoris dednci quidem potest *in titulo, de locato §. nunc aliqua versicul. 68.* resoluentis emphyteusim, pro filiis concessam, capere adoptatum filium non posse, quod in feudo scriptum est *in c. adoptiuus, & ibi Bald. & alii, si de feu. fuer. conten.* concordant Ripa *in d. §. si quis rogatus, ante num. 32.* & hi, quorum meminit Tiraquel. *d. verbo, liberos, n. 12. Ascanius, de patria potestate c. 5. n. 12. Barba in l. Cum acutissimi C. de fideicommiss. n. 287.* qui in emphyteusi loquitur, & plures refert Tiraquel. *n. 13. in d. verbo, liberos.* Non est ergo mirum, si negemus sacerdotem emphyteutam non posse in fraudem, & perniciem domini directi, vt impediatur vtilis cum directo dominio consolidatio, filium adoptare, cui possit emphyteusim relinquere, quæ est vtilis profecto animaduersio ad l. Reg *lib. 2. tit. 17. §. 9.* Cui minime obstat text. & quæ ibi habentur, *in d. l. Si quis posthumos ff. de lib. & posthum.* vbi institutio facta de posthumo, ab eo qui veros filios habere non potest, verificatur in filio post testamentum adoptato, quoniam, si bene consideres, illud procedit, secundum defuncti testatoris voluntatem, nulli prorsus iniuriam facientis, qui de suis rebus liberam habet disponendi potestatem, cuius oppositum obtinet in eo, qui habet substitutum, in cuius damnum, & offensionem ille filium adoptat, quod idem in emphyteuta procedit, ne impediat contra concedentis voluntatem, & intentionem, dominii vtilis cum directo consolidationem. 36

Sed Beroius *in d. c. in præsentia*, hanc difficultatem aliter soluens adnotauit, eam conditionem, *si decesserit sine liberis*, in duas diuidendam esse, quarum prima est, *si decesserit*, secunda vero *sine liberis*, quæ valent eo modo quo valere, & impleri, possunt, *l. qui dotem, de dote prælegata l. Serui electione, & l. Stichum qui ff. de legat. 1.* Quocirca illa prima conditio, *si decesserit*, mortis tempore adimpletur, & ve-

rificatur, illa vero *si sine liberis*, in clerico, & religioso tanquam impossibilis, pro non scripta haberi debet, ne vtile per inutile vitietur, *cap. vtile, de regul. iur.* secundum quod, intelligit Beroius grauatum manere sacerdotem, sub illa prima conditione, si morietur, reiecta secunda, si sine liberis.

Sed non placet Paleoto, *de nothis, ca. 28. post n.* 8. quia inquit, illa verba, *si sine liberis decesserit*, vnam tantum continent conditionem, & orationem. *Bartol. in l. Aurelius §. idem quæsiit ff. de libe. lega. in fine.* quare diuidi in duas non potest. Est enim si bene consideres, vnica tantum apposita conditio qualificata, si decesserit sine filiis, cui conditioni minime satisfit, si qualitas detrahatur *l. Titius ff. de milit. testament l. 2. ff. de auro, & argento legat. Barto. in l. Ex facto. ff. de vulga. col. 2.*

Item cum Beroius fateatur illa verba, *si sine liberis decesserit*, conditionem continere, non potest illa scindere in partes duas, & consequenter dicere primam partem, nempe. *si decesserit*, conditionem importare, quia morte nihil certius, & conditio ea est, quæ rem ponit a futuro euentu pendentem *l. 1. ff. de conditio. & demonstratio. vbi Bartolus* quocirca illa verba vnicam tantum conditionem continent, si decesserit sine liberis, qui possunt adesse, & abesse. Et idcirco non soluitur a Beroio proposita difficultas.

Quocirca Paleotus *in d. cap. 28. numer. fin.* arbitratur hanc controuersiam decidendam, ex dicto Bartol. *in l. 1. ff. de conditio. institut. in princip.* intelligentis, aliquando quasdam dari in iure nostro necessarias conditiones: qualem Paleotus censet esse hanc (de qua agimus) quod vt intelligas, declaranda sunt illa verba, *si sine filiis decesserit*, hoc modo, quasi defunctus dixerit, volo quod sacerdos hæres a me scriptus teneatur filios suscipere: aliter, volo (quasi pœnæ loco) quod hæreditatem meam Petro restituat, post mortem suam. Primum præceptum vtique tanquam contra bonos mores canonicos inutile, sine dubio est. *argumento l. Filius ff de conditio. institutio.* Ergo alia conditio, quæ priori est contraria, nempe, *si non susceperit filios*, necessaria est, scilicet, non habiturum filios, siquidem illos habere impossibile est sacerdotem, seruata ordinis honestate. *Bald. in leg. Non quicquid. ff. de euictio.* Quocirca, quia omnis conditio necessaria, & quæ deficere non potest, conditio non est, nec actum suspendit *l. Si pupillus §. sub conditione ff. de nouat.* sequitur quod in hoc casu clericus est pure grauatus, post mortem restituere fideicommissum, *vt Bartolus explicat in dict. leg. 1. ff. de condit. institut.* Quicquid igitur teneas, id resoluere necesse est, quod emphyteusis sacerdoti concessa, & filiis suis, morte eius extinguitur, & ad dominum reuertitur, nisi ille filios habeat legitimos ex vxore, scilicet, ante sacerdotium susceptos, siquidem ad iam natos post sacerdotium, quia spurii, nec ad nascituros referri concessio valet, per supra scripta, quod adnotandum diligenter est in praxi.

37 Ceterum, † si emphyteusis sacerdoti concedatur, & hæredibus suis, extingui per eius mortem, emphyteusis, non potest, quoniam ad eius hæredes transibit. siue agnati, siue etiam extranei sint, *vt tradit Curtius, lib. feudorum 2. par. 3. partis nu. 40. in fine. Iulius Clarus, libro quarto §. feudum. quæstio. 79. in fine.* Qua ratione in casu huius §. 4. in quo fuit facta concessio, *pro eo, qui nominabitur*, eligere poterit, quem voluerit, dummodo legitimus ille sit, si emphyteusis ecclesiastica est, ad quam illegitimus nominari non potest, *per supra scripta.*

Ex † quibus vtiliter infertur ad casum. Finge 38
homini seni, & decrepito, & eius filiis fuisse ab ecclesia concessam emphyteusim, is filium habebat naturalem, nec alium posse habere sperabat: in hac specie huic filio adiudicandam fore emphyteusim censeo, si modo illum extare ecclesia sciebat, ex his, quæ supra resoluimus: quibus adstipulatur notabile Hieronymi de Zanetinis responsum 35. *inter Hippolyti consilia.* cuius ad hoc Hippol. meminit *in l. 1. §. si seruus ff. de qq. num. 10.* resoluens, quod licet verum sit, emphyteusim ecclesiasticam concessam, pro filiis, ad filias non posse transire, *vt infra titulo sequen. suo loco tractabitur.* Nihilominus, si homini filiam habenti emphyteusis, pro filiis concedatur eo tempore, & ætate constituto, quo nullam procreandæ sobolis spem habet, filiæ negari emphyteusis non potest, quoniam pro illa in hac specie videtur dominus concessisse, argumento notatorum *in l. 2. ff. de liber. & posthum.* vbi verba indefinite prolata, quæ in vno tantum verificari possunt, in singularia & specifica resoluuntur Bartolus *in l. Qui Romæ §. duo fratres ff. de verborum obliga. in fine quæstion. 6.* resoluens renunciatum dici fideicommissum ab eo, qui ius, quod habebat, renunciauit, si nullum aliud ius obtinebat, quam fideicommissi: facit Baldus *in l. Quibus diebus ff. de condit. & demonstrat.* asserens, testatorem, qui ad nulla alia debita tenebatur, quam præscripta, hæc mandasse solui, si indefinite mandauit sua debita solui. Conueniunt plura alia similia ab Hippol. *in d. loco cumulata a numero 21.* Quemadmodum igitur in casu supra scripto admittitur fœmina, non obstante verborum repugnantia, & proprietate, secundum quam in contractibus appellatione filiorum, non veniunt filiæ, ita etiam eorundem filiorum appellatione, debent admitti naturales, quando homini spe futuræ sobolis carenti, propter ætatem decrepitam fit concessio. Quod argumento concessionis furioso homini factæ, comprobari potest, quam ad eius naturales liberos pertinere, iam supra diximus.

Verum † hæc in fœmina decrepita, & quin- 39
quagenaria præsertim muliere, admitti possunt, quoniam in ea ætate constituta sterilis reputatur, & coniugio non apta. *vt tradit Parisius, libro 2. consil. 29. num. 19. & 25. cum sequent. Tiraquel. in l. 6. Connubi. num. 47. conueniunt Bartol. & Ripa, numer. 124. in l. 1. ff. soluto matrimo.* qui huiusmodi mulieri negant priuilegia dotalia, de quibus ibi, tradit Sylua nuptialis, *lib. 2. num. 17. volum. 7. tracta. fol. 37. Phanu. libr. de lucro dotis pagin. 167 num. 7. cum seq. Ripa in rubrica, de secundis nuptiis, post num. 14. & ibi Ioan. a Garro. nu. 88.* Quo argumento lex Regia, *lib. 4. titul. 75. §. fin.* hisce vetulis mulieribus negauit, posse bona sua communicare, non obstante l. Regia, *libro 4. titul. 7.* vbi nos adnotauimus, etiam in viro sene sexagenario tamen, eam legem procedere quia in ea ætate omni spe nouæ sobolis caret, *ex his, quæ scripsit Parisius,*

Parisius, libro 2. consil. 29. numer. 19. & 25. cui adde Iacobum Menochium, *libro 2. senten. casu. 58. num. 10. & latius cas. 88. a numer. 54. & Syluam nuptialem, libro 2. numer. 16. Tiraquel. in l. Connubi. 6. numero 47.* resoluentem, id in septuaginta annis nato viro admitti posse: secundum quæ supra scripta intelligenda sane videntur.

SVMMARIA.

1 *Abintestato filius naturalis, etiam militis qui patri hæres non est, emphyteusim petit.*
Naturalis in defectum legitimorum auditur.
2 *Etiam legitimatus, auditur in defectum legitimorum.*
3 *Spurius abintestato non consequitur emphyteusim.*
4 *Naturalis dicitur natus ex solutis parentibus, qui matrimonium possunt contrahere.*
5 *Debet mater esse concubina in domo retenta.*
6 *Vnica tantum debet esse concubina, vt filii naturales dici valeant.*
7 *Nati ex diuersis concubinis, in ius vocant parentes sine venia.*
8 *Hodie nulli naturales filii, quia nusquam fit protestatio, nec intra domum retinentur concubinæ.*
9 *De iure canonico sufficit quod sit natus ex soluto & soluta.*
10 *Fallit si coitus est reprobatus & punitus.*
11 *Vbi coitus solutorum, non est punitus, inde nati filii sunt naturales.*
12 *Spurius est vulgo quæsitus, & non succedit patri: sed contra. n. 14.*
13 *Spurii alii sunt ex coitu damnato, & punibili nati.*
14 *Filii spurii sunt vulgo quæsiti, & ex abiectis mulieribus nati, qui succedunt ex testamento.*
15 *Coitus damnatus est lege punitus.*
16 *Coitus plurium concubinarum, non punitur lege aliqua ciuili.*
17 *Nati ex pluribus abiectis fœminis, naturales sunt.*
18 *Emphyteusis naturalibus defertur, licet non succedant.*
19 *Spuriis negatur emphyteusis, ex nostro iure Regio.*
20 *Spurii intestabiles.*
21 *Spurius non capit emphyteusim concessam, pro eo qui nominabitur.*
22 *Fallit quando emphyteusis fuerit concessa pro eo quem voluerit nominare.*
23 *Emphyteusis potest a principio spurio concedi, ergo & potestas illum nominandi.*
24 *Fallit in emphyteusi a patre empta, etiam pro eo quem voluerit nominare, quia non potest nominari spurius.*
25 *Legitimati sunt vere legitimi, & suitatem habent.*
26 *Vere, non ficte sunt legitimi.*
27 *Legitimatus excludit fœminas.*
28 *Legitimatus excludit substitutum.*
29 *Emphyteusim concessam pro filiis, capit naturalis legitimatus, vel spurius.*
Emphyteusis profana, transit in filios naturales.
30 *Emphyteusis ecclesiastica, non transit ad legitimatos.*
Ecclesiasticam emphyteusim pro filiis concedens, solum respicit natos ex legitimo matrimonio.
31 *Emphyteusis pro legitimis filiis concessa, ad legitimatos non transit.*
Legitimatus non excludit substitutum.
32 *Etiam profanam emphyteusim pro filiis legitimis concessam, non capit legitimatus.*
33 *Concessio pro filiis, ex legitimo matrimonio natis, excludit legitimatos.*
34 *Amplia etiam in legitimato per subsequens matrimonium, qui non consequitur emphyteusim, pro legitime natis concessam.*
35 *In contrarium, pro legitimato per subsequens matrimonium.*
Qualitas adiecta verbo debet intelligi, secundum tempus verbi.
36 *Legitimatus per subsequens matrimonium, etiam emphyteusim ecclesiasticam consequitur.*
37 *Clausula ex legitimo matrimonio procreatis, non excludit legitimatos per matrimonium.*
38 *Nati ex matrimonio putatiuo, emphyteusim consequuntur ecclesiasticam.*
39 *Sublimita, quando legitimatio declarat, quod admittantur ad emphyteusim pro legitime natis tantum concessam.*
40 *In contrarium, imo quod emphyteusis concessa pro legitime natis, pertinet ad legitimatos per matrimonium.*
41 *Potentior & fauorabilior, est legitimatio matrimonii quam rescripti.*
42 *Natus ex matrimonio putatiuo, emphyteusim consequitur ecclesiasticam.*
43 *Legitimatus excludit substitutum.*
44 *Fallit vbi est substitutus, si sine filiis legitime natis decesserit.*
45 *Legitimatus a Rege, consequitur emphyteusim profanam.*
46 *Legitimatus etiam in defectum legitimorum, non capit emphyteusim.*
47 *Legitimatus consequitur emphyteusim, vbi illius in legitimatione est mentio facta.*
48 *Ad emphyteusim concessam pro eo qui nominabitur admittitur legitimatus tanquam extraneus.*
49 *Legitimatus a Rege, emphyteusim ecclesiasticam non consequitur, sed tantum a Papa.*
50 *Rex quoad prophana, Papa, quoad ecclesiastica legitimat.*
51 *Fallit quando Papa super matrimonio dispensat, quia incidenter filios legitimat.*
52 *Ius patronatus hæreditarium consequitur, a Cæsare legitimatus.*
53 *Fallit in emphyteusi hæreditaria, quam consequitur a Cæsare legitimatus.*
54 *Fallit in terris ecclesiæ subiectis, in quibus solus Papa dispensat cum bastardis non Imperator.*
De dignitate annexa emphyteusi, debet mentio fieri.
Clausula generalis, quod in bonis ecclesiasticis succedat, sufficit.
55 *Legitimatio nocet ecclesiæ expectanti cõsolidationem.*
56 *Omnis principis dispositio intelligitur saluo iure tertii.*
Debet ecclesia consentire.
57 *Simplex legitimatio exigit domini directi consensum, non quæ procedit ex plenitudine põtatis, quia quoad spẽ futura cõsolidationis poterit princeps nocere.*
58 *Pontifex concurrit cum omnibus inferioribus.*
59 *Princeps, in modico tertio nocere potest.*
60 *Spem non probabilem tollit legitimatus, non tamen probabilem.*
61 *Legitimatus quoad beneficia cum cura, & sine cura, an consequatur emphyteusim.*
62 *Clausula, dummodo imitator paternæ incontinentiæ non sis.*
63 *De emphyteusi debet nominatim mentio fieri.*

64 *Habilitatus ad beneficia dicitur dispensatus, & propterea emphyteusim non consequitur.*

65 *Dispensatio est odiosa, & non patitur argumentum a maiori.*

66 *Legitimatus a legato, aut comite palatino, non consequitur emphyteusim, nisi ille hoc habeat in mandatis.*

67 *Fallit vbi constat, quod papa voluit hanc potestatem concedere.*

68 *Potestas dispensandi fauorabilis est, & amplianda.*

69 *Legitimatus capit emphyteusim ecclesiasticam, a principio bastardo concessam.*

Legitimatus qui iam erat tempore concessionis, emphyteusim capit ecclesiasticam.

70 *In defectum legitimorum, vocantur legitimati.*

71 *Concessio pro filiis ex suo corpore natis, non excludit legitimatos.*

Concessio pro marito, & vxore, & vtriusque filiis, excludit legitimatos.

72 *Fallit si legitimentur, per subsequens matrimonium.*

73 *Plura concurrere debent, vt per matrimonium contingat legitimatio.*

74 *Primo quod parentes libere possint contrahere matrimonium.*

75 *Secundum requisitum est, quod mater sit concubina, & domi retenta.*

76 *Tertium requisitum est, quod conficiantur instrumenta nuptialia.*

77 *Quartum, quod debet mulier esse tali matrimonio digna.*

78 *De iure canonico sũt legitimi, nati ex abiecta muliere, non quoad effectus iuris ciuilis.*

79 *Non sunt sub potestate patris, nec succedunt filii.*

80 *Matrimonium contractum, sine instrumentis nuptialibus, non legitimat quoad successionem.*

81 *In contrarium, imo quod filii, etiam quoad successionem fiant legitimi.*

Interp. Ord. lib. 4. tit. 71. in princip. & lib. 2. titul. 17. §. 9.

82 *Emphyteusim ecclesiasticam, capit legitimatus per matrimonium, licet non concurrant iuris ciuilis requisita.*

83 *Consentire non potest bastardus, quod papa illum legitimet, quoad temporalia.*

Papa quoad temporalia legitimat, incipiens a radice matrimonii.

84 *Dispensatio ad obtinendam emphyteusim est odiosa, & restringenda ad casum expressum.*

85 *Dispensatio superueniens, an profit quoad emphyteusim iam obtentam, vt illam retinere bastardus possit.*

86 *Dispensatio est, quadam licentia obtinendi emphyteusim, qua debet praecedere.*

87 *Decretum & auctoritas debet interuenire ante negotium gestum.*

88 *In contrarium, quod superueniens dispensatio sufficit.*

89 *Concessio erigendi ecclesiam extenditur ad iam erectam.*

90 *Dispensatio ad duo incompatibilia prodest, quoad iam obtenta.*

91 *Interpretata l. Castella, 42. Tauri.*

92 *Licentia principis non confirmat maioratum institutum.*

Licentia testandi, non validat testamentum iam factum, nisi princeps sciat iam factum esse.

93 *Dispensatio ad emphyteusim prodest ei qui illam iam habet.*

94 *Legitimatio prodest, etiam quoad emphyteusim iam obtentam.*

95 *Agnati non vocãtur, cum bastardus legitimatur, quia eorum citatio necessaria non est.*

QVÆSTIO XXI.

ADmirabilis † quidem reputatur lex ista, quatenus sancit hunc naturalem filium, paternam emphyteusim consequi, etsi patri hæres non sit, ibi: *Ainda que seu padre fosse caualeiro, ou acontiado em caualo.* Quemadmodum, sine dubio non est, is naturalis filius militis, *per l. Reg. lib. 4. titul. 71. §. 1.* vt nos iam supra resoluimus, inferens proinde, per hanc l. Regiam probari recte, quod filius legitimus potest hæreditatem repudiare, & hanc emphyteusim petere, quamuis intestato parenti succedat, quod etiam notabile est, *vt sup. q. 12. nu 53. & seq. tradidimus.* 1

Et † considera an dicendum sit, hanc legem specialiter procedere quando nullus adest legitimus descendens, qui capere emphyteusim possit, & valeat, vt plane lex ista, *in hoc* §. 4. probat, ibi, *E nano auendo hi descendente lidimo, per morte do dito foreiro, posto que aia ascendente lidimo, aia esse foro o seu filho natural, se o teuer, ainda que seu padre fosse caualeiro, &c.* Quibus verbis docemur in hac specie, naturales filios in defectum legitimorum vocari, quod iuris traditionibus consentaneum esse liquet, *ex his quæ scripsit Rubeus, in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de libe. & posth. n. 160. & 166. DD. in l. ex facto, § si quis rogatus, ff. ad Treb.* Etiam si sit fœmina, *Parisius, cons. 72. nu. 6. lib. 4. Gulielm. in c. Raynutius verbo duas habens, nu. 149. Mysingerius, lib decisio. Cameræ Imperialis, centur. 3. qu. 26.* Quia & ista, descendens est, ibi, *Nenhum da linha descendente* idest, *nemo ex linea descendente.* Et quia lex ista loquitur etiam in naturali filio plebei, qui per l. Reg. *lib. 4. tit. 71.* dicitur esse legitimatus, plane probat, quod legitimatus non excludit fœminam descendentem, etiam si masculus illam excludat, quę fuit eorum sententia, quorum meminit Parisius, *lib. 2. consi. 5. nu. 14. Tiraq. in l si vnquam, verbo, liberos, n. 67.* 2

Quod † & in legitimatis obtinet qui in defectum legitimorum audiuntur, *secundum Ancharr. consil. 427. Turza. lib. opin. commun. conclus. 73 ad fin. Alex. cons. 60. n. 4. lib. 2. Rubeus, d. n. 160 l. Reg. lib. 2. tit. 17. §. 10.* Qua ratione, hic ne quo modo emphyteusis extinguatur, propter descendentium defectum, legislatori placuit, naturalem audiendum esse, quamuis hæres parenti esse non valeat. Quo argumento perspicuum est, *vt diximus*, multo magis hoc esse respondendum, in filio legitimo, vtique videtur admittendum, vbi nullus alius extat descendens, qui hæres patri existat, & emphyteusim petere possit. Quare, si forte primogenitus nolit patri hæres esse, & emphyteusim petat, præferendus erit iunior frater, qui parentis adiuit hęreditatem. Sed non placet, quoniam hæc l. Regia, *in hoc* §. 4. filio naturali, emphyteusim concedit, etsi miles pater sit, eique ascendentes hæredes sint, qua ratione obseruanda est, necessario hoc casu dispositio huius tituli, *in* §. 3. post posita omni hæreditatis consideratione, quod quam sit notabi- 3

notabile, non eſt qui ignoret, perpenſis his, quæ d.q.12.n.54. ſcripſimus.

4 Ibi: † *o filho eſpurio nano pedera auer o dito foro. ſaluo ſendo legitimado per nos, em tal forma, que poſſa ſucceder abinteſtado, & nano doutra guiſa.* Notabilia ſunt huius l. verba, quibus ſancitum eſt, ſpurium ab inteſtato, neutiquam poſſe videri nominatum, ad emphyteuſim, & propterea illam, nullo modo conſequi, quia nec nominari valet *Gama quæſt. 37. numer 5.* In quo a naturali filio differre, indubitatum eſt. Is enim, vt hoc eodem §. probatur, ſiue filius plebeii hominis ſit, ſiue etiam militis, qui inteſtato patri non ſuccedit, iuxta l. Regiam, *libro quarto titul. 71.* & l. emphyteuſim obtinet. Quocirca operæ pretium mihi viſum fuit paucis admodum explicare, quis in iure noſtro naturalis filius, & quis ſpurius nuncupetur.

Hunc articulum paſſim noſtri tractant interpretes, præſertim *in l. ex facto, §. ſiquis rogatus, ff. ad Trebellian.* vbi a numero 4. Ripa poſt alios Scribentes; maxime Baptiſta, *in l. ſi qua illuſtris, Cod. ad Orſi. & in l. humanitatis, Cod. de impuber. & in authentic. licet, Cod. de nat. li. Hiſpani, in l. 11. Tauri, Couarruuias lib. de Sponſ. 2. p. cap. 8. 4. tractatus de ſucceſſio. abinteſtato, Viglio additus a numer. 21 pagin. 215. Petrus de arte notar. numer. 17. Anton. Mar. lib. de arbitris, quæſtion. 3. pagin. 55. Menchaca, lib. qq. illuſtr. cap. 102. numer. 10. cum ſequen. Paleotus, lib. de nothis, cap. 16. Thomas Grammat. voto 3. a numero 6. cum aliis infra referendis*, ex quorum ſcriptis, quantum ego coniicere poſſum naturalis vt quis dicatur filius tria ſaltem concurrere debent.

5 Primum, † quod ſit natus ex ſoluto & ſoluta, inter quos ſecundum canonicas ſanctiones, libere poterat contrahi matrimonium: aliter ſi quod obſtaret canonicum impedimentum, etiam incognitum naturalis dici inde natus filius, minime poterit, *ſecundum ea quæ tradit Molina, lib. 3. maior c. 1. num. 11.*

6 Secundo † requiritur, quod mater ſit concubina, & domi retenta, idque debet conſtare ex proteſtatione facta a patre, quod illam vult habere in concubinam, *ita Guilelm. d. cap. Raynut. verbo, & vxorem, numero 671. Baptiſta in l. ſi qua illuſtris, num. 28. cum ſequen. & habetur in l. pen. ff. de concubinis, & in l. ſtuprum, 34. & ibi gl. ff. de adulter.* vbi Modeſtinus, hoc modo loquutus, hanc probat traditionem, *Stuprum committit, qui liberam mulierem conſuetudinis cauſa non matrimonii continet, excepta videlicet concubina*, & ibi gloſſ. adnotauit, neceſſariam eſſe proteſtationem, quod in concubinam illam vult habere per *dicta leg. pen. ff. de concubinis*, ibi: *Ingenuam mulierem in concubinam habere maluerit ſine teſtatione, hoc manifeſtum faciente, non conceditur*, & ibi Accurſius obſeruauit, in ipſo initio, hanc proteſtationem adhibendam eſſe.

7 Tertio † exigitur, quod vnicam tantum, quis habeat concubinam, non plures, aliter ex pluribus concubinis, eodem tempore nati filii, naturales dici non poſſunt, quia ceſſat affectio illa maritalis, propter quam exigitur, quod mulier ſit in domo retenta, & pro concubina, & ſic vxoris loco, qua ratione exigitur, quod ſit vnica tantum, authentic. *licet Cod. de nat. lib.* ibi: *quæ ſola fuerit*, & in authentic. *quibus modis natu. effic. ſui §. ſi quis autem, & verſicul ſequent. collat. 7. & §. ſi vero effuſa, & in §. final. iuncta gloſſ. verbo, inteſtatus.* Nam quemadmodum duas, ſimul quis prohibetur habere vxores, ita & duas ſimul concubinas, quas vxorum loco ſubrogatas, lex ciuilis permiſit habere impune præcedente proteſtatione, de qua ſupra, *vt in leg. pen. ff. de concubin.* diximus probari. Quamobrem, plurium concubitus, de iure ciuili reprobatus intelligitur, *vt adnotauit Gregorius Lop. in l. 2. litera ſ. & ſequentibus in titul. 14. Part. 4. Baptiſta, in l. ſi qua illuſtris, numero 35. & 71. Cod. ad Orſic.* Et quamuis pro tali concubinatu, non ſit vlla certa ſtatuta pœna, res dicitur eſſe mali exempli, *vt tradit Palat. in l. 9. Tauri, numero 30.* & idcirco ſpurii, non naturales inde filii concepti appellantur *Angel. in §. illud, inſtitut. de nuptiis, poſt princip. Dinus, & Bartolus in l. 1. ff. de concubinis, idem Bartolus de ſucceſſio. abinteſtato, numero 5. column. 2. Panormitan. in cap. per venerabilem numero 3. qui filii ſint legit. & ibi Præpoſ. numero 15. Papien in ſua praxi, lib. pro hærede abinteſtato, verbo, nullo quoque, col. 4. in prin.*

Hinc † eleganter Odofredus, *in l. parentes, Cod. de in ius vocando*, reſpondebat huiuſmodi filios, 8
poſſe ſine venia parentes in ius vocare; *ſequuntur Imola, & Alexand. in l. ex facto, §. ſiquis rogatus, ff. ad Treb. numero 25. ante verſicul. ſi autem, idem Alexand. in l. 2. ff. de in ius vocando, ad fin.* qui licet dubitet de huius dicti veritate, quia hi filii non ſunt nati ex coitu damnato, quibus id tantum eſt conceſſum, *vt per Alexand. d. §. ſiquis rogatus, poſt numer. 43.* nihilominus fatetur, ex diuerſis concubinis natos, vere naturales non eſſe, quod noſtra l. Regia, *libro quarto titul. 71.* agnouiſſe videtur ibi: *teuer huma ſoo manceba*, vbi & nos adnotauimus, ex pluribus concubinis natos patri, non ſuccedere, *tradit Decius, conſil. 306.* licet contradicat Fortun. *in lib. de vltimo fine iuris, numero 102. cum ſequentibus* & dubitat Paleotus, *lib. de nothis, cap. 41.* Quæ omnia tria neceſſaria eſſe, vt quis proprie dicatur, filius naturalis ſane colligitur, *ex authentic. quibus modis naturales effic. ſui, §. ſiquid autem, collat. 7. Specula. de Succeſſ. ab inteſta. numero 17. Panormitan. in cap. per venerabilem qui filii ſint legitim. numero 31. Ripa in dict. leg. ex facto, §. ſiquis rogatus, ff. ad Trebel. numero quarto Baptiſta, in l. ſi qua illuſtris, Codic. ad Orſic. numero 29. quibus adde Bartol. in l. fin. ff. de his quibus indig. colum. 1. Oldrad. conſil. 196. Baldus 129. numero tertio libro ſecundo Alexand conſil. 174. column. fin. libro quinto, Paleotum, lib. de nothis, cap. 16. Gabiel. conſil. 29. numer. 1. cum ſeq.*

Ceterum, † quia hodie raro, aut nunquam fit 9
illa proteſtatio, quod intendit eam mulierem habere in concubinam, nulli reperiri valent filii naturales, *vt adnotauit Alciatus regula 2. præſumptio. 5. numero quinto & libro quarto Parergon. cap. 5.* Si maxime conſideres, quod propter iuris canonici prohibitionem perrato, intra domum reperiuntur huiuſmodi concubinæ retentæ; quocirca ſupra ſcripta tantum intelligenda ſunt, ſecundum iuris ciuilis traditionem, quæ illa tria exigit proprie, vt quis dici valeat naturalis.

De † iure namque canonico ſufficit quod 01
quis ſit natus ex illis, qui contrahere poterant matrimonium, *cap. fin. 32. quæſt. 4. cap. innotuit, iuncta gloſſ. verbo, coniugata de electione.* Vnde notabiliter Baldus *conſil. 129. libro ſecundo, numero tertio* inquit, quod ſecundum veram naturalitatem, & vſum loquendi, & æquitatem canonicam, dicitur na-

turalis omnis bastardus natus, ex solutio & soluta, late prosequitur *Iason lib. 3. consil. 51.* quæ vbique terrarum recepta est sententia, *teste Menesio, in l. cum acutissimi. Cod. de fideicommiss. num. 34. & prius Couar. de Sponsal. 2. par. §. 4. cap. 8. nu. 3. Thobias, consil. 76. num. 10. cum sequent. Gabriel. lib. 6. commun. opin. verbo, legitimatio, conclus. 1. nu. 50* Idque secundum iuris naturalis præcepta procedere, conatur defendere. *Fortun. de vltimo fine iuris, a numer. 135.* idque Castellani obseruant, *per l. 11. Tauri, & nos per l. Reg. libro 4. titul. 71.* Et ita duo prima requisita, hodie cessant, in his regnis, vltimo dumtaxat obseruando, quod vnica tantum sit, non multiplex concubina, *per l. Regiam, d. titul. 71. cum his quæ supra diximus.*

11 Aduertendum † tamen est, ista intelligenda fore esse, dummodo coitus & concubinatus, vnde filius editus est, reprobatus, & punibilis non sit, *vt post Paleotum explicat Hierony. Gabriel. consil. 79. numer. 3. & 4. Alciat. libr. 4. Parerg. cap. 5. Paleotus, libr. de nothis capit. 40. & 41. Aymon. consil. 166.* Quocirca, quia de iure canonico concubinatus est reprobatus, *vt tradit Felin. in capit. cum sit generale, de foro compet. numero 13.* videbatur respondendum, quod hodie etiam de iure canonico, nulli dari possunt filii naturales. Verius tamen contrarium est, & receptius, quia etsi ille coitus sit de iure canonico reprobatus, imo & ciuili, *vt d. numer. 13. tradit Felin. per ca. 1. de filiis natis, ex matrimonio contracto,* ad morga. punitus lege aliqua non reperitur, sed magis quodammodo impunitus, & dissimulatione omissus, *vt tradit Ripa dict. leg. ex facto §. si quis rogatus. ff. ad Trebel. numer. 50. Costa, in l. Gallus, §. & quid si tantum, 5. par. numer. 66.* quicquid contradicant Ruinus, *in eodem §. & quid si tantum, numer. 39. ff. de liber. & posthum & Cagno. in l. si qua illustris, num. 11. Codic. ad Orfi.* intelligentes quod hodie naturales filii, tanquam a coitu illicito, & penitus reprobato sunt successionis incapaces, & consequenter omnia iura oppositum probantia, correcta esse.

12 Qui † non videntur considerasse naturales filios adhuc esse, & succedere posse donec per legem ciuilem parentum coitus puniatur, *vt tradit Socin. in l. Gallus, §. quid si is, ad fin. ff. de liber. & posthum. & consil. 148 nume. 6. libro primo.* Est enim, vt hi filii non possint succedere, necessarium, quod parentum coitus pœna saltem plectatur extraordinaria, *Angel. in §. nouissime, numero 22. institut. ad Orfic. Baptista, in dicta leg. si qua illustris, numero 43. & probat l. Regia, libro 4. titul pen.* licet in Regnis Castellæ, necessaria videatur pœna mortis, *vt adnotauit Gomez. in l. 9. Tauri, n. 14 & tradit Couarru. videndus de Sponsal. 2. p. c. 8. §. 5. n. 18.*

13 Spurii † vero, ad naturalium differentiam illi sunt, qui patrem certum non habent, aut quem nominare non licet, *l vulgo, ff. § statu homi. Alciat. lib. 4. Parerg cap. 5. Cotta in verbo, spurius, tradunt Bart. in l. fin. ff. de his quibus vt indig. numero 2. Paleotus de nothis. cap. 16. cum duobus seq. & Gabriel cons. 140 n. 26.*

Quod tu sane intellige, quando plane constat vulgo quæsitum filium esse, aliter si sumus in dubio, potius naturalis, quam spurius censendus est, *argumen. l. merito, ff pro socio, ita Bal. consil. 448. nume. 4. lib. 1. Couarru. de Sponsal. 2. par. ca. 8. §. 5. post princip. Aymon lib. 1 cons. 138. num. 1. Tellius d. l. 9. Tauri, n. 9. omnino videndus.*

Hos spurios natos, scilicet, ex scortis, ancillis, aut huius generis infimis mulieribus, nihil ex testamento patris capere posse, in dictis locis resoluitur, quia non ex concubina nati sunt, quare naturales dici non possunt. *Oldrad. consil. 196. Bald. 129. libro 2. & libro 3 consil. 306.* idque verum esse hi auctores colligunt, *ex authentic quibus modis naturales effi. legiti. circa fin & ex § consideremus, in authent. de Triente, & semi.* vbi solis naturalibus defertur successio. Qua ratione Iurisconsultus *in l. spurius, ff. vn de cognati,* respondet spurios, cum bonis patris nihil habere commune, nec cognatos, seu consanguineos esse patri, *habetur in §. final. inst. de succes. cognat.* quæ communis sine dubio est, & recepta sententia, *ex Oldrad. d. consil. 196. Azone, in Summa C. de incestis nuptiis, in fin. Bartol. in l. fin. ff de quibus vt indignis, Gozad. consil. 21. numero 23. & Afflict. quæstion. 203.*

Cuius † oppositum tamen, resoluit Alciat. *d. lib. 4 Parerg cap. 5. in fin quem sequuntur Gabriel consil. 29. num. 4 & consil. 104. num 21. qui citat Aymon. consi. 166. & Paleotus de nothis, cap 40. post numer. 1.* 14 Quorum vt verior sententia fiat, & probabilior reddatur, adnotandum est, spuriorum duplex esse genus seu mauis spurios, in duas diuidi species, *gloss. l. pen. Cod. ad Orfic. Alexand. consil. 174. numer 5. Bartol. in l. fin ff. de his quibus vt indign.* Alii enim sunt nati, ex coitu punibili, & damnato, quales sunt adulterini, incestuosi, & similes, de quibus *in §. item lex Iulia, instit. de publi. iudi.*

Alii † vero sunt, non adeo infames, & odiosi, 15 ex incerto, scilicet patre nati, & vulgo quæsiti, *l si ea, Codic. de adulte.* sub quorum numero continentur ex ancillis, & similibus infamibus fœminis procreati, *Aymon, consil. 166 numero sexto.* Harum enim concubitus, propter earum turpitudinem, & vilitatem prohibitus ciuili iure non inuenitur, *l. quæ adulter. Cod. de adulter. Azo. in Summa de concubinis, Bartol. & Angel. in l. si vxor, Cod. de adulter. Decius, consil. 306. & 311. Alexand. 139. numer. 1. libro 1. Soccin. consil. 148. libro 1. & in l. Gallus, §. quid si is, numero 5.* Huius itaque speciei spurii a parentum successione, non submouentur, prioris vero speciei, quia magis odiosi, & execrabiles sunt omnino arcentur. Porro abintestato, neutri succedunt, *vt in authentic. quibus modis naturales effic. sui §. si quis autem, & in authentic de Triente, §. consideremus.*

Ne quid † autem prætermittatur, scias oportet, damnatum coitum, in hac materia illum esse, 16 in quem pœna cadit infligenda, vt explicat Soccin. *consil. 148. lib. 1. Salyc. in authentic ex complexu, C. de incestis nupt.* Quæ est ratio, propter quam nati ex infimis & abiectis fœminis succedere possunt, adinstar naturalium filiorum, *vt supra citati auctores probant, & Decius, consil. 155. column. 1. Panor. in cap. venerabilis n. 31. qui filii sint legit.*

Quæ consideratio suspectam sane reddit eorum sententiam, qui probant, natos ex diuersis concubinis succedere non posse, quos etsi concedamus stricte loquendo naturales non esse, sed magis spurios, quia tamen nulla pœna talis coitus a lege coercetur, vtique negari inde editis filiis successio non potest, vt adnotauit Paleotus *lib. de nothis, cap 41.* resoluens huiusmodi, coitum plurium concubinarum, punibilem esse: siquidem vix, cum pluribus versatus adulterii, aut stupri crimen

men euadere potest, qua ratione, ius ciuile vnius tantum concubinæ consuetudinem concessit, cum protestatione, de qua supra, vt se illi ligarum cognoscat, & inhabilem cæteris inseruire, *Bald. in l. eam quam, Cod. de fideicomm. nume. 35.* aliter periculosa, & suspecta, nimis mihi illa resolutio videtur.

17 Porro, † vbi quis plures cognosceret meretrices, vel similes obscuras fœminas, cum quibus nec adulterium, nec stuprum dicitur committi, *iuxta notata in l. quæ adulterium, & l. si ea, C. de adulter. cum Paleoto, d. c. 41.* vtiliter defendi potest, inde natos filios ex testamento, quasi naturales succedere posse patribus, ex auctoritate Iustiniani *d. auth. quibus modis naturales effic. sui, versicul. & hoc dicimus, & Bartol. num. 3 in l. fin. ff. de his quibus vt indig.* quæ vtilis & adnotanda resolutio est ad auth. *licet Cod. de natura lib.* non tamen proinde hi filii admittentur ad successionem parentum, iuxta formam l. Reg. *lib. 4. titul. 71.* cuius dispositio restringitur ad natos, ex vnica tantum concubina.

18 His † sic vt vides iactis, & pro intellectu l. nostræ constituentis differentiam inter naturales & spurios liberos perpensis, adnotandum est, quod l. ista Regia emphyteusim concedit naturalibus liberis, & consequenter natis, ex soluto & soluta, inter quos libere poterat matrimonium contrahi, qui vere & proprie loquendo naturales sunt, & in his Regnis adinstar legitimorum succedunt, dummodo vnicam tantum pater, non plures habeat concubinas, *secundum ea quæ supra scripta sunt.*

Quibus ego addo legem hanc Regiam, minime restringendam esse ad eos filios naturales, qui secundum leg. Regiam *libro. 4. titul. 71.* ab intestato parentibus succedunt, verum ampliandam in illis, qui non succedunt, quales sunt filii militum, quibus licet negetur hæreditaria successio, non negatur emphyteusis secũdum quod Legislatori, in hoc §. 4. placuit, in quo admirabilis sane ea l. Regiæ dispositio est: pro argumento profecto negari eadem emphyteusis non poterit natis ex ancilla, & abiecta quacunque muliere, qui licet ab intestato non succedant, ex testamento tamen admittuntur, *iuxta auth. licet, Cod. de natu. lib.* vt Paleotus, supra proxime citatus adnotauit, idem resoluens in filiis ex pluribus meretricibus, & vilibus fœminis, cum quibus coitus fornicarius non punibilis est.

19 Ceterum, † quod ad spurios pertinet, lex ista illis emphyteusim, negat, nisi a Principe legitimati sint, spurios oportet intelligamus illos esse, qui naturales non sunt, sed ex damnato & punibili coitu concepti, qui prorsus a successione parentum submouentur, nec filiorum nomine sunt digni, *vt habetur in authentic. ex complexu, Codic. de incestis nup.* Turpes enim hi reputantur personæ, & infames, *vt per Azonem in summa, de infam. Bald. in l. in bonæ fidei, Codic. de infam. Alexand. in l. 3. column. 2. ff. de lib. & posthum. Minsing lib. dec. imper. centur. 4. quæst. 31.* Quare ad dignitatis gradum adspirare non possunt, *l. 5. Cod. de dignita. lib. 12. cap. infamibus de reg. iu. in 6.* quo argumen. & ratione, nec consiliarii principis esse possunt. *Bald. in l. cum legitime, de statu homi. Minsing. d. cent. 4. decisio. 91.* Addens, quod nec proinde doctores, esse valent, *Bartolus in Proœ. C. Zabar. in Proœm. Clem. habetur in cap. 2. de magistris.* Scriptum est enim, Sap. *cap 3. & 4.* quod filii adulterorum, abominatio sunt Deo, & quod huiusmodi adulterinæ plantæ, non præstabunt radices altas, nec stabilem sedem ponent, quare recte quidem Bonif. martyr scriptum reliquit, quod hoc hominum genus, nec bello forte, nec in fide constans, nec Deo amicum est, *vt habetur in cap. si gens 56 distinct.* quod sane comprobat Calixt. Pont. Max. *in cap. coniunctiones 35. quæst. 2. & in cap. cum multa, 15. quæstio. 8.* ait: *Nos sequentes patres nostros infamia eos notamus, infames esse censemus, & quia eos, vel designare funestum est*, habetur *in cap. de incestis 35. quæstio. 2.* Qua ratione *in l. veteri*, vsque in decimam generationem, prohibiti erant, ingredi templum Dei, *Deut. cap. 23.* quia immundi censebantur, *vt Paulus docuit ad Corinth. cap. 7. & habetur in cap. iam nunc 28. quæst. 1.*

Et † propterea secundum vtriusque iuris præcepta, & traditiones, passiue sunt intestabiles, parentum saltem respectu, *cap. per venerabilem, in fin. qui filii sint legitimi, authentic. ex complexu, de incestis nupt.* & ideo secundum Augusti. præstat filiis carere, quam turpes habere, *cap. sicut 32. quæst. 4.* Solent enim hi liberi de parentibus risum plebi mouere, vt apud Sophoclem Mœnelaus Teucrum obiurgat, quod cum spurius esset, ea sibi tribuebat quę solis legitimis competebant, quo circa Herculi vitio adscriptum est quod se Iouis filium, ex Alcmena matre prædicaret, vt apud Ouid. *9. Metamorph.* legitur, sic canentem, 20

Nam quod te iactas Alcmena matre creatum
Iuppiter, aut falsus pater est, aut crimine verus,
Matris adulterio patrem petis elige fictum
Esse Iouem malis, an te per dedecus ortum.

Hinc † ius pontificum hisce liberis, ecclesiastica denegat beneficia, *vt habetur in cap. fin. de filiis Presbyter.* His itaque iuris nostris traditionibus, quas superadduximus, & multis aliis, quæ aduersus spurios, scripta passim reperiuntur, munita l. huius regula, *in hoc §. 4.* negauit spuriis emphyteusim, concessam pro eo, qui nominabitur, nedum pro filiis, quorum appellatione non contineri spurios, extra controuersiam est, *ex his quæ habentur in l. filium, ff. de his qui sunt sui, & in l. ex facto, §. si quis rogatus, in 1. ff. ad Trebel. & in l. generaliter, §. cum autem, Cod. de institut. & substitut.* coniuncta authen. *ex complexu, Codic. de incestis nupt.* vbi adeo odiosos hosce filios esse scriptum est, vt nec alimentari debeant, quod olim 12. tabularum, l. statutum fuisse, probat Paleotus, *lib. de nothis, cap. 46. in princip.* & apud Athenienses, hoc idem obseruatum fuisse testatur Plutarchus in Solon. quod tamen æquitas canonica non permittit, per text. *in cap. cum haberet, de eo qui duxit in matrimonium*, secundum communem scribentium resolutionem, in vtroque foro obseruandam *vt testatur Francisc. a Ripa, in l. si vnquam, Cod. de reuoc. donat quæstion. 27 & in l. 1. ff. soluto matrimonio numero 105.* cuius tamen, oppositum facili quidem negocio defendi potest. *per text. in cap. per venerabilem, in fin. qui filii sint legitimi.* 21

Verum † hoc sane procedit in emphyteusi cõcessa, *pro eo, qui nominabitur*, in qua concessione indignum eligendi, non dicitur data facultas, cuius oppositum respondendum erit, in con- 22

cessione facta. Pro eo, quem emphyteuta voluerit nominare, in qua specie dicitur concessa libera nominandi potestas, & consequenter indignum, ex regu. *l. cum quidam, ff. de leg. 2.* & ita l. ista est intelligenda ex Paulo *in l. si is cui numero 5. & ibi Iason. num. 7. in fi. ff. de vul. Peralta, in l. vnum ex familia, in princ. num. 27. ff. de leg. 2.* licet contradicat Bald. *lib. 2. consil. 207.*

23 Nec † hoc mirum, nam quemadmodum emphyteusis potest spurio concedi a principio, *Bart. in l. 2. num. 5. & ibi Iason. num. 122. Cod. de iure emphyt. Cremensis sing. 129. & Affl. q. 99. Guilliel. in c. Raynutius, verb. & vxorem, decisione, 5. n. 129. Gama, qu. 2. numer. 6.* Ita etiam potest concedi cum potestate nominandi spurium, & quemuis alium inhabilem, quod etiam in ecclesiastica emphyteusi procedit nedum in profana. Quibus adde spurio non obesse, quod a patre fuerit emphyteusis stipulata, quoniam a domino magis, quam a patre, dicitur emphyteusim filius capere, *ex reg. l. vnum ex familia §. 1. ff. de leg. 2.*

24 Quod † tamen intelligendum sane est, in emphyteusi gratuita a domini directi, prouidentia, & simplici concessione procedente, non sic in empta a patre, & propria pecunia comparata, quo casu, quemadmodum spurius, per supra scripta est incapax pecuniarum patris, ita etiam & emphyteusis, ex eisdem comparatæ per text. iuncta *gloss. 2. ibi in l. quod conditionis 36. ff. de donatio. cau. mort. Bartol. in l. si is qui ff. de vulgar. & ibi Alexand. in fi. Bald. in l. eam quam Codic. de fideicommiss. num. 55. Durandus, de arte testandi, tit. 1. cautela 14. num. 5.* Facit & Baldus, *in l. 1. Cod. per quas personas* resoluens in hac specie, posse patrem filio nocere emphyteusim alienando, quia ab eo non a domino capit, & est, communis resolutio, *teste Gozad. consil. 73. numero 14.*

25 Ibi: † *Saluo sendo legitimado per nos, em tal forma que possa succeder abintestado, & nano doutra guisa.* Probat vtiliter lex ista, filiũ a principe legitimatum, capere emphyteusim posse. Ex quo eleganter deducitur, principis rescripto legitimatum, emphyteusim petere recte posse, quod vtique in concessione pro filiis facta, admittendum fore videtur, quia legitimati filii suorum iura nanciscuntur, & suitatem habent, & a veris legitimis filiis, in nihilo differunt, vt Iustiniano placuit, *in §. quibus, institut. de haredi qua abintestato defer.* ibi: *Suorum haredum iura nanciscuntur.* Concordat idem Imper. *in authentic. quibus modis naturales effic. legit. §. sit igitur licentia colla. 6.* ibi: *Nihil a legitimis differentes,* quod in authentic. *quibus modis natu. effic. sui. §. & quoniam,* varie idem Iustinianus probat ibi: *Nihil dissimiles legitimis,* tradit Mencha. *de success. progressu, §. 1. a numero 42. & ex numero 78.* Concordat optima *l. 2. Tauri, ad fin.* ibi, *Mandamos que en ninguna cosa differan delos hiios nacidos de legitimo matrimonio.*

26 Quæ † quidem similitudo, vt nostris placuit auctoribus, veritatem non fictionem inducit, propter quod legitimati filii vere dicuntur legitimi, non ficti, vt nominatim Bartol. resoluit *in l. si is qui pro emptore ff. de vsucap. numero 29. Iason. in l. hac consultissima §. ex imperfecto, in princip. Cod. de testa. Paul. in l. fin. numero 5. Cod. de his qui ven. ata. impetra. Iason.* qui testatur communem, *in Rubr. numero 11. ff. de lib. & posthum.* vbi hoc idem firmat Alciatus *num. 5. & Tiraq. in l. si vnquam verb. liberos, num. 63. & num. 77. & lib. de morte, 2. par. num. 8.* cui adde Decium hanc firmantem communem, *consil. 52. num. 1.* quamuis contradicant plurimi quorum meminit Tiraquel. *d. verbo, liberos, nu. 96.* de quorum numero est Iason. *in l. filio quem pater, numer. 13. cum seq. ff. de lib. & posthum. Duennas, regula. 350 ampliat. 1. Couarr. de Sponsal. 2. par. cap. 8. §. 8. num. 3 cum seq. videndus, & Tiraq. de morte, 2. p. q. 6. & de primogen. q. 34. nu. 1. & 39. Brechaus, Aphorismo 128. & 131. in prin.*

Ex † quibus colligitur, quod iste legitimatus excludit fœminas, vt quam plurimos referens resoluit Tiraquel. *dict. leg. si vnquam, verbo, liberos, num. 67. tradunt Curt. Sen. consil. 13. & latissime Brunus, lib. de statutis exclu. fœmi. articul. 12. quæst 4. a numero 47. tradunt ex neotericis Gutierrez, in §. sui, instit. hared. qua li. num. 176. & Tellius, in l. 9. Tauri, numer. 18. cum seq. pro & contra Ias. in l. si is, qui pro emptore, ff. de vsucap. a nu. 285.* 27

Substitutum † etiam excludit, *vt in d. verbo, liberos, tradit Tiraq. n. 69. & 82. Paris. lib. 2 cons. 8. a num. 15. Cotta, verbo, legitimatus, col. 317. Costa, in cap. si pater, de test. in 6. pag. 155. a n. 49. Gutier. in §. sui, inst. de hared. qualit. & differ. n. 169. & 182 post Ripam, in l. ex facto, §. si quis rogatus, a n. 44. ff. ad Treb.* 28

Quocirca † non est mirum, quod emphyteusim consequatur a principe legitimatus, præsertim in casu huius l. Regiæ, in qua agitur, vt iam supra admonuimus, de emphyteusi concessa *pro eo qui nominabitur*, quæ latius multo patet, quam illa, quæ *pro filiis* reperitur concessa, ad quam admitti legitimatos filios, Baldus probat *in l generaliter. §. cum autem, C. de inst. & subst.* dummodo priuata, non ecclesiastica, sit emphyteusis, communiter receptus, secundum Rubeum *in l. Gallus, § quidam recte, n. 160. ff. de libe. & posth. & Iulium Clarum, lib. 4. Sent. § emphyteusis, q. 31.* Nam quemadmodum ad emphyteusim profanã admittitur naturalis filius, vt cum communi resoluunt Decius, *in c. in præsentia, de proba. n. 46. Ripa, in l ex facto, § si quis rogatus ff. ad Treb. num. 58. Rubeus, in d. § quidam recte l. Gallus, num. 154 cum seq. Paris. d. cap. in præsentia, num. 87. de proba. & Iulius Clarus d. § emphyteusis quæst. 30.* ita & multo magis debet admitti naturalis legitimatus, *Gabri. lib. opin. commu. verbo, legitimatio, conclus. 1. numero 28.* 29

Cuius contrarium obtinet in emphyteusi ecclesiastica, quæ *pro filiis concessa*, ad legitimos tantum pertinet hoc est, ex legitimo matrimonio natos, adeo, vt nec ad legitimatos transeat, vt nominatim voluit Bald. *in dict. leg. generaliter, §. cum autem, C. de instit. & substit. numero 2. Iason. in 2. Cod. de iur. emphyt. num. 244. tradit Alexand. consi. 128. num. 7. volum. 1.* Mouetur Bald. quia in concessione feudi non includuntur bastardi, *cap. naturales, in titul. si de feud. fuer. controuers. inter dom. & agn.* & ratio est, quoniam feudum est beneficium, & honor. Vnde dicit idem esse in emphyteusi ecclesiastica, quia apud ecclesiam bastardi sunt infames, allegat not. per Azo. *in summa, Cod. ex quibus causis infam. irroge.* Vnde ecclesia concedens in emphyteusim, non intelligitur sentire de filiis reprobatis ipsius recipientis, *argum. l. Lucius, §. pen. ff. de leg. 2.* etiam si sint legitimati, quia non sunt legitime nati, *secundum Bald. qui allegat not. in cap. nouit, de electio.* Vnde concludit Bald. Bastardos legitimatos non

non admitti ad emphyteusim ecclesiasticam, tradit etiam Bald. *in additio. ad Specul. titu. de locato. versi. emphyteusis ecclesiæ, & Ioan. de Imola, in l. quod, ff. de verborum obligat.* qui tradunt emphyteusim ecclesiæ, non transire ad filios legitimatos, & expresse tradit Ancharr. *consil. 427. circa primum quæsitum*, vbi concludit facta concessione emphyteusis, alicui stipulanti & recipienti pro se, & filiis suis, & hæredibus emphyteusim, non transire ad filios legitimatos, a Principe, vel a Papa, quoniam prædicta stipulatio, & conuentio præcedens derogare intelligitur priuilegio apostolico, & iuris ordinationi, cap. ex multiplici, de decim. *argum. l. si cum dotem, in princ. ff. solut. matrim. & l. 1. §. si conueniat. ff. depositi.*

Faciunt etiam in confirmationem, quæ not. Specul. *tit. de locato, §. nunc aliqua, versi. 67. & per Bart. in l. ex facto. §. si quis rogatus, ff. ad Trebell. & consil. incipi. Manutius, Ioan. Andr. & alij plenius in cap. in præsentia. de probatio. & Bald. in auth. si quas ruinas, C. de sacrosanct. eccles. & in l. filium, ff. de his qui sunt sui, vel alien. iur. & ibi etiam Angel. Bald. in l. Lucius. §. fin. ff. de legat. 2. idem, in l. parentes, in fi. ff. de in ius vocan. & Angel. in sua disputa. incip. nobilis quidam genere, & d. l. generaliter, §. cum autem, & Dom. de sancto Gemin. in cap. statutum, in 2. in fin. princ. de hared. in 6.* vbi concludunt, quod quando quis recipit ab ecclesia emphyteusim pro se & filiis, non comprehenduntur naturales, quia non est verosimile ecclesiam, propter dignitatem suam, de talibus filiis cogitasse, cum non possint, absque mortali peccato haberi, *argum. d. l. ex facto, §. si quis rogatus*, quoniam de iure canonico, omnis concubitus, præter vxorium, siue matrimonialem est prohibitus, ac reprobatus, *32. q. 2. c. nemo, & cap. meretrices*, (licet de iure ciuili, talis coitus sit impunibilis,) *vt tradit Paulus Grillandus, de Pœn. omnis. coitus. quæst. 7. num. 5. & quæst. 6. nu. 16.* Per quam rationem tradit Imola, *in d. l. quod dicitur*, quod non veniunt legitimati, cum sit eadem ratio in his. Benefacit, quod not. Bald. & Salicet. *in l. fin. C. de his qui ven. ata. impet.* vbi per illum text. dicunt emphyteusi recepta pro se & filiis suis legitimis, non esse concessam pro filiis legitimatis, quia non sunt naturaliter legitimi. Ecclesia enim castitatis cultrix emphyteusim *pro filiis* concedens, de legitime tantum natis, ex matrimonio, videtur cogitasse, quos vere dicimus filios, *l. filium, ff. de his qui sunt sui.* legitimati vero, etsi legitimi fiant, ex legitimo matrimonio nati, dici non possunt, *vt Bald. ait*, & propterea nullo modo capere emphyteusim valent. Concordat idem Bald. *in c. quæ in ecclesiarum, colum. penultim. versi. dubitatur vtrum, de constit. Ancharr. consil. 241. colum. penultim. & consil. 428. alias. 427. circa primum quæsitum, col. etiam pen. Imola. Alexa. & alij.* quorum meminit Decius, *consil. 171. post num. 1. & in d. §. cum autem, l. generaliter, C. de instit. & substit. num. fin. Ruinus, qui testatur communem, in consil. 36. num. 7. & in consil. 158. num. 5.* probant Iaſ. num. [illegible] *in d. §. cum autem, & Gratus, consil. 79. lib. 1. num. 14. & Iulius Clarus, firmans communem, lib. 4. sententiarum, §. emphyteusis, quæst. 31. ad fi. concordat Bernardus, regul. 231. qui alios refert & Afflict. quæst. 386. sequitur Iaso. in l. 2. C. de iu. emphyt. nu. 244.* qui eundem Bal. ad Specul. citat Ancharr. & Alexand. idem resoluentes, quod Bald. *d. §. cum autem*, concordat idem Iaso. *in auth. si qua mulier, num. 29. C. de sacrosanct. eccles. & in l. si is qui pro emptore. ff. de vsucap. num. 267.* Quod etiam Gigas fecit *in lib. de pensio. quæst. 26. num. 6.* concordat etiam Gozadin. *consil. 46. num. 14.* tradit etiam Tiraquell. *de nobilitate, cap. 23. num. 17.* vbi Ruinum, inter alios, ita pluries consulentẽ refert; resoluit etiam Cassan. *in Consuet. Burg. Rubr. 8. §. 5. num. 11. versic. 7. in consilio ibi impresso, fol. mihi 232. & Brechaeus, Aphorism. 130. ad fin.* Quæ resolutio necessaria sane est, propter interpretum auctoritatem. Licet videatur contradicere Carol. *in consuet. Paris. §. 8. gloss. 1. num. 36. & 44.* & dubitet Gutierrez, *in §. sui, instit. de hæredum qualit. numer. 179. & 167.* ex eo quia legitimati filii, vere sunt legitimi, vt iam supra probauimus, quod etsi concedamus, non proinde sequitur, posse hos emphyteusim, apprehendere ecclesiasticam, quæ natos tantum ex legitimo matrimonio respicit, quales hi non sunt, *vt Bald. d. §. cum autem* ait: secundum quem sensum necessario dicendum est, quod ecclesia emphyteusim concedens *pro filiis*, initium nascendi respexit, & secundum illud legitimos admisit, & illegitimos tanquam odiosos & indignos submouit, qua ratione perpetuo manere debent exclusi, *ex his quæ tradit Pala. in Rubri. §. 69. sub num. 32. cum sequen. & num. 36. Molin. de Primogen. lib. 1. cap. 6. num. 22.* quod & nos ante illum, *lib. qq. forensium*, tractauimus. Quocirca, his legitimatis, tanquam exclusis, necessario emphyteusis neganda est, ne concessio contra concedentis ecclesiæ voluntatem & intentionem, ad eos qui naturaliter non sunt legitimi, perueniat.

Quo † argumento & ratione, hæc traditio, 31
multo magis recipienda est, vbi ecclesia nominatim emphyteusim concessit *pro filiis legitimis*, in qua specie, quia concessio apertissimis verbis, legitimos tantum vocat, sine dubio repellendi sunt legitimati, vt notabiliter resoluit Bald. *in l. fin. C. de his qui ven. æta. impet. argum. text.* ibi, quatenus probat quod verba sunt naturaliter intelligenda, non secundum accidens, *habetur in l. tutor. ff. de fideiuss. & in l. 3. C. ad Macedoni. l. quicquid, §. 1. ff. de dona.* quam sententiam, in effectu sequitur Decius *consil. 365. numer. 1. & consil. sequ. colum. 2. Ias. l. si is qui pro emptore. ff. de vsucap. numer. 272. & 275. & in l. 2. C. de iure emphyteut. numer. 242. cum sequen.* asserens idem cum Bald. tenuisse Salicet. & Paul. *d. l. fin. & Alexand. lib. 1. consil. 128.* Denique (inquit Iaso.) quod huius quæstionis decisio pendet ab ea, qua quæritur *vtrum legitimatus excludat substitutum*, & postquam plures eam quæstionem tractantes refert, resoluit communem sententiam esse pro parte negatiua, quod substitutum non excludat, quia de illo minime sensit testator, vt est videre per eundem Iaso. *in l. Gallus, §. & quid si tantum. numer. 139. ff. de liber. & posthum. Barbat. in l. cum acutissimi, C. de fideicommissa numer. 257. Paris. lib. 2. consil. 1. ex numer. 36. & ibidem, consil. 8. 4. numer. 5. & consil. sequ. a numer. 17. Tiraquell. in l. si vnquam, C. de reuoc. donat. numer. 82. verbo, liberos*, secundum quam resolutionem, vtique Iaso. Bald. sententiam, probat negantis legitimato emphyteusim, *pro filiis legitimis* concessam, Bald. etiam sequitur Citierus *libro primo, de Primogen. quæst. 13. numer. 10. cum sequen.* vbi fusius tractat & probat Alexand. *lib. 2. consil. 60. num. 2.*

Quorum † opinio & traditio, proculdubio, 32

obtinet, in emphyteusi priuata a laico, scilicet concessa, nam ecclesiasticam, etiam simpliciter *pro filiis* concessam, legitimatus non capit.

33 Quod † præsertim admitti debet, vbi concessio facta fuerit *pro filiis ex legitimo matrimonio natis:* in qua specie intrepide multo magis sunt repellendi naturales filii, etiam legitimati, qui etsi vere sint legitimati, ex legitimo matrimonio nati, dici non possunt, *l. Paulus. ff. statu hom. Rom. in l. si is qui pro emptore, ff. de vsucap. numer. 20. Alexand. consi. 2. lib. 1. Ruin. 92. lib. 2. Gabr. consi. 21. num. 30.* & notabiliter resoluit Paulus Paris. *lib. 2. consil. 9. ex numer. 43.* Firmans hanc veram, & communem resolutionem esse: ad quam multa adducit, & Curt. Sen. *consil. 38. num. 22. & consi. 13. num. 3. Gregor. Lopez. in l. 2. tit. 15. Par. 2. lit. A, col. 2. in fin. cum sequen. versi. & quando. Bursat. consil. 85. num. 13. ad fin. cum sequen. & 16. cum seq.* omnino videndus, pro legitimato, & hæc fuit celebris sententia Bal. *in l. filium, ff. de his qui sunt sui, lectu. 2. in princ. multa Curt. Seni. d. consil. 13. & 16. nu. fin. Curt. Iun. consil. 64. num. 11. versi. tamen ista communis, Paris. lib. 2. consil. 12. num. 147. Brun. lib. de statuto, exclu. fœmin. artic. 12. quæst. 4. num. 72. Gozad. consil. 25. Decius, 625. Ripa, in l. ex facto, §. si quis rogatus, in 1. ff. ad Trebell. num. 47. Tellius, in l. 9. Tauri, num. 21.* resoluens quod ad legitimatorum exclusionem sufficit constare disponentem, voluisse tantum vocare ex matrimonio natos, seu legitime procreatos. Concordat Carol. *in consuet. Par. §. 8. gloss. 1. num. 19. ad fi. Cassan. in consuet. Rubri. 8. §. 5. & consil. ibi posito, ad fi. num. 19. Tiraquell. de Primogen. quæst. 34. num. 62. in specie alios referens Gabriel. d. consil. 21. num. 30.* Ex quibus liquet hanc sententiam, contradictorem non habere. Vbi igitur emphyteusis, tam profana, quam ecclesiastica, concessa fuerit, *pro filiis natis ex legitimo matrimonio,* sine difficultate submouendi, sunt legitimati, quæ optima est etiam, ad hanc l. Reg. declaratio, in hoc §. 4. qui omnes hoc idem respondent, in concessione facta *pro legitime natis,* nullam prorsus constituentes differentiam inter concessionem, *pro legitime natis,* & *ex legitimo matrimonio natis.*

34 Imo † quod plus est, etiam legitimati, per subsequens matrimonium, non obstante dispositione *cap. tanta, qui filij sint legitimi,* non obtinebunt huiusmodi emphyteusim, concessam, *pro filiis legitime natis,* siue *ex legitimo matrimonio procreatis,* Rubeus *in l. Gallus. §. quidam recte, ff. de liber. & posthum. num. 162. Menoch. consil. 16. num. 6. & 20. vol. 1.* Quamuis enim, hi sunt vere legitimi, neutiquam tamen dici possunt, legitime nati, aut ex legitimo matrimonio editi, *vt in specie adnotauit Decius, consil. 642. ante numer. 4. & numer. 7. versic. non obstat, & in l. generaliter, §. cum autem, in fi. C. de instit. & substit. Curt. Senior. consil. 64. sub numer. 12. ante versi. ex præmissis, qui ad idem refert Alexand. lib. 7. consil. 5.* concordat Gozadi. *consil. 25. numer. 2. & 3. & consil. 39. num. 14. Bursatus, consil. 1. num. 28. Decius, 425. numer. 5. & 284. Lodofred. consil. 1. numer. 49. Cæphal. late consi. 276. lib. 1.* Quæ fuit sententia Bald *in cap. 1. § naturales, si de feudo fuer. controuers. versi. quaro quid de legitimato, & ibi Aluarot. quem sequuntur Butr. num. 17. Præposi. numer. 63. in cap. venerabilem, qui filij sint legitim. Brun. d. artic. 12. fallen. 1. & 3. Vbertin. in l. Posthumo, C. de contra tab. in præludiis, & quidam alij,* quorum meminit Gabr. *d. consil. 21. post numer. 30. Anto. Gabr. lib. 6. communem opin. verbo, legitimatio, conclus. 1. numer. 55.* Respicit enim hæc concessio, *vt supra diximus,* initium genituræ, minime contenta, quod legitimitas superueniat, quod ita etiam consulendo, probauit Bald. a Decio, *d. consil. relatus,* quem tu reperies, *lib. 5. consil. 367.* & cõcordantem Rosellam, *lib. de legitima primog. c. fin. col. 2. & Præposi. in c. per venerabilem, §. quod autem, qui filij sint legitim. num. 104. Thobias, consil. 76. sub num. 34. versi. præterea.*

Cuius † tamen oppositum, in specie consuluit 35
Decius, *consi. 155. col. fin. per totam numer. 4. versi. reuocatur in dubium,* vbi postquam adnotauit emphyteusim ecclesiasticam legitimatum, per subsequẽs matrimonium obtinere posse, reuocat in dubiũ, an ea resolutio procedat quando dispositio exigit, quod succedere debens sit *ex legitimo matrimonio natus,* vel *legitime natus.* Et primo arguit quod non, quia repugnat disponentis voluntas, qui se restrinxit ad tempus natiuitatis, quo significaret velle se, quod nullus legitimatus, etiam per subsequens matrimonium admittatur, quia etsi is vere sit legitimus, illegitimus tamen natus est, non ex legitimo matrimonio. Qualitas enim adiecta, verbo debet verificari, secundum tempus verbi, *l. Titius, in princip. & ibi Barto. ff. de milit. testam. l. si quis autem, ff. ad Trebell. l. in delictis, §. si extraneus, ff. de noxa.* Qua ratione, legitimitas cum fuerit necessaria tempore natiuitatis, minime potest dici concedentis intentioni, satisfactum esse, per eam, quæ superuenit ex postea celebrato matrimonio, & ibi citat Bald. hoc ita consulentem, quem vt diximus, reperies in loco iam citato, tradunt Bursatus, *consil. 85. numer. 15. Parisius, lib. 2. consil. 13. numer. 33. Ripa, in l. ex facto. §. si quis rogatus, num. 47. ff. ad Trebell. Soarez, lib. opin. commun. verbo. legitimatus, numer. 124. Couarruu. de sponsalib. 2. part. cap. 3. §. 2. numer. 30.*

Quibus † tamen non obstãtibus contrarium, 36
Decius respondet obseruandum, quia legitimatus per subsequens matrimonium, consequitur feudum, *vt tradit Anton. Gabriel lib. 6. commun. opin. verbo legitimatio, numer. 21. Ruin. consi. 211. lib. 1. & 92. lib. 3. Mantua. consil. 45. Paris. consil. 47. lib. 3. Boer. quæst. 113. numer. 4. Tiraquell. de Primogen. quæst. 35. numer. 53.* & emphyteusim ecclesiasticam, *Hieronym. Gabriel. consil. 21. numer. 29. Iaso. l. generaliter, §. cum autem, colum. penultim. Paris. consil. 13 libro secundo, numer. 37. cum sequent. & 43. Ruinus, consil. 211. lib. 1. Panorm. c. tanta, numer. 7. qui filij sint legitim. Præposi. in c. per venerabilem, §. quod autem, numer. 6. eod. titul.* ecclesiasticas etiam dignitates, & beneficia, denique omnia alia, quæ solis legitime natis conceduntur, & legitimatis abnegantur. Et est ratio, quia matrimonium subsequens, vere restituit filios natalibus, & eos ab initio reddit legitimatos, vt explicat Angel. *in §. & quoniam, in auth. quib. mod. natu. effi. sui. in princ.* Quare in materia etiam stricta & odiosa, appellatione legitime natorum continentur, *Anton. in c. innotuit, col. 2. in fin. versic. no. gloss. de electio.* Quocirca nulla ratio iuris permittit posse huiusmodi legitimatos submouere, siquidem secundum iuris dispositionem, cum qua disponens, semper se conformare videtur, eius dispositio intelligenda est, *vt ibi per Decium,* quia alia adducit ad rem facientia, & argumentis in contrarium adductis, respondet. Miror tamen quod Alexan-

Alexan. *in d. conf. 5. lib. 7.* contrarium consulens non meminerit.

37 Quid † est igitur tenendum? additio Alexan. *d. consi. 5. nu. 3.* verius arbitratur illa concedentis verba, *pro filiis legitime natis*, seu *ex legitimo matrimonio procreatis*, adiecta esse, dumtaxat ad excludendos legitimatos per principis rescriptum, vel alias, non per subsequens matrimonium, cuius legitimatio fauorabilis est, & secundum ius commune procedens. Quare exclusa nunquam videtur, sed magis reseruatam esse, dicendum est: quia secundum ius commune est omnis dispositio intelligenda, & consequenter, quod illos voluit legitime natos filios esse, & emphyteusim habere posse, qui secundum iuris communis regulas tales sunt, quemadmodum esse dignoscuntur hi, qui per matrimonium legitimantur, quos cum nominatim non exclusit, vtique vocasse visus est, ista est communis, *secundum Bursat. consi. 1. nu. 28. & Soarez, lib. opin. commun. verbo, legitimatus. Celsus Hugo consi. 119. num. 20. & consi. 88. num. 4. Michael. lib. 2. commun. opin. c. 5. q. 10.*

38 Alioquin † sequeretur, inquit, quod etiam nati ex matrimonio putatiuo, bona scilicet fide contracto, ab huiusmodi concessione submouerentur. contra tex. & quæ ibi habētur *in c. ex tenore, qui filii sint legitimi, Decius in consi. 153.* Faciunt adnotata *in c. innotuit, iuncto c. cum in cunctis. in princ. eod. tit.* Ex quibus verior mihi videtur Decii sententia, quam idem probare videtur, *consil. 624. & in d. cap. cum in cunctis, col. 2. in princ.* quibus & ego addo Gozadin. *d. consi. 25.* Porro Bald. & Alexan. opinio (quæ communis est, *secundum Gabr. lib. 6. commun. opin. verbo, legitimatio, conclus. 1. num. 22.*) obseruanda necessario est, quando per subsequens matrimonium, impetrata dispensatione apostolica, filii facti sunt legitimi, aut quid aliud contra communes iuris regulas contingit, quoniam tunc vt addi. Alexan. *in consi. 5.* fatetur, omnia supra scripta cessant.

39 Sed † hoc ego etiam sublimitandum intelligo, nisi dispensatio in ampla forma obtenta bastardum ita natalibus restituat, vt succedere etiam debeat, & obtineat ea, quæ solis legitime natis, & ex legitimato matrimonio editis destinata sunt, vt est emphyteusis, modo quo supra concessa, ita nominatim resoluunt Decius, *d. conf. 628. & Gozad. 25. a num. 12. vers. 2. & in respon. ad secundum.* Qui postquam aliquibus comprobarunt emphyteusim concessam pro legitime natis ad legitimatos, etiam per subsequens matrimonium, peruenire non posse, contrarium respondent, vbi legitimatio, in d. forma ampla cōcessa est, quod idem adnotauit Gozadi. *consi. 93. nu. 14. cum sequ.* licet non ita plane.

40 Qui † si bene consideres, hoc idem tribuunt legitimationi inductæ per subsequens matrimonium, quasi facta videatur, sub dicta clausula, & ampla forma, quod succedant filii non minus, quam si ex matrimonio legitimo nati fuissent, & sic legitime natis tantum delata, illis conferantur. Tanta est enim vis matrimonii, vt legitime nati, filii prius concepti dicantur, quasi iam cum nati fuerunt, contractum matrimonium fuisset, *vt in c. tanta, qui filij sint legitimi, & in c. cum in cunctis, vbi notat Decius, num. 29. de electione, iuncto c. innotuit, eodem titul. vbi Anton. col. 2.* hanc traditionem probat, & Paul. *in l. fin. num. 5. & 6. C. de his qui ven. ata.* concordant Decius, *d. consil. 155. col. fin. & in l. generaliter, §. cum autem, C. de instit. num. 23. Socinus, in l. Gallus, § si eius, num. 5. versi. tertius casus, ff. de liber. & posthum. Hippolytus singul. 542. Campe. de dote, 1. parte, 5. partis princ. quæst. 59. in fine, Paulus Paris. lib. 2. consil. 13. numer. 40. Crottus in d. l. Gallus, §. & quid si tantum, num. 82. & 169. Ripa, num. 47. in d. l. ex facto, §. si quis rogatus, in 1. ff. ad Trebellian. Iulius Clarus, lib. 4. sententiarum, §. fundum. quæst. 82. versi. sed quid si feudum, Gregor. Lopez, in l. 2. titu. 15. part. 2. verbo, sino el hijo maior, col. 2. Couarruu. de Sponsa. 2. par. cap. 8. §. 2. num. 30. Tiraquell. de Primogenit. quæst. 34. num. 56.* concordat Afflictus. *in c. 1. §. naturales, notab. fin. num. 2. & 3. si de feudo fuer. controuers. post Iserniam, ibi. & Anton. Gabrie. lib. 6. commun. opin. conclus. 1. nu. 21. cum sequent. sub tit. de legitimatione, Molina lib. 3. de Primogen. cap. 1. nu. 10.* qui hanc firmat communem & veram sententiam, secundum quam fuisse aliquando iudicatum testatur, cui adde Gabr. *consi. 21. a nu. 28.*

Quorum † sane resolutio vtilis est, ad l. Regiam, lib. 2. tit. 17. §. 9. ibi, *Perose o tal filho for legitimado per matrimonio seguinte, despois de sua nacença, celebrado entre seu padre & madre porque be em todo perfeitamente lidimo, auera lugar em elle a dita lei, assi como se ao tempo de sua nacença, ja o dito matrimonio fora celebrado.* 41

Ex qua Ordinatione, perspicuum est legitimationem, per matrimonium subsequens contractum, multo maioris vis & potentiæ esse, quam quamuis aliam, per quam l. illa Regia, legitimatis negat, illorum bonorum de corona Regia successionem, quo argumento, in specie vtitur Gabriel. *consi. 21. num. 32.*

Ac proinde constat, potentiorem & fauorabiliorem esse legitimationem per matrimonium, quam rescriptum, *tradit Duennas, regu. 350. ampliatio. 1. Tiraquell. de Primogen. quæst. 34. a num. 53. Octau. decisio. Pedemon. 119. num. 9. Bursatus, consil. 18. num. 23. volum. 1.*

Quamobrem, in his Regnis, meo quidem iudicio, firmiter hæc sententia amplectenda est, *ex Menchaca, lib. Quæstionum Foren. cap. 42. num. 2. Silua. consi. 3. num. 49. qui Ias. Alexand. Decium, Socinum,* & quam plures alios referens, firmat communem opinio. & Gabriel *consil. 21. num. 41.* firmans communem, ex auctorum numero, quos recenset, qui simpliciter hanc sententiam probant, nulla prorsus admissa distinctione. Licet Curtius Iunior. *libro feudorum, 3. parte, num. 41.* post alios intelligat primam Baldi & sequacium sententiam, admitti posse, quando nato iam filio, fuit matrimonium inter parentes celebratum, quo casu, quoniam filius natus est illegitimus, appellatione legitime natorum contineri non potest, secundum quod illi arbitrantur, non sic, quando post matrimonium contractum filius natus est, quæ necessario explodenda concordia est, *secundum Molin. loco supra citato,* licet eam sequatur Anton. Gabr. *lib. opin. commun. verbo, legitimatio, nu. 23.*

Quod † autem additio Alexan. *in d. lib. 7. consi. 5.* quasi indubitatum, refert, & probat, filium natum ex putatiuo matrimonio, bona fide contracto emphyteusim, de qua agimus, obtinere posse, ex his quæ habentur *in c. ex tenore, qui filij sint legitimi,* vbi legitimi censentur, ex tali coniugio nati 42

filii, si modo in facie ecclesiæ probetur matrimonium fuisse celebratum, *vt ibi habetur, & in cap. peruenit, eodem titu. rursus, & in c. cum inhibitio, §. 1. de clandestina desponsatione, tradit Gabriel. d. lib. 6. commun. opinio. verbo, legitimatio, conclus. 4.* sine difficultate non procedit: ex his quæ in specie tradit Curt. iunio. *consil. 64. num. a 11. & consil. 26. numer. 7.* oppositum resoluens probabili quidem, & vt putat, omni exceptione maiori argumento. Inquit enim, concessionem pro legitime, seu ex legitimo matrimonio natis, exigere, quod filius succedere volens, natus sit ex legitimis nuptiis, nec sufficere, quod vere sit legitimus: quod verborum ipsa proprietas postulat, a qua recedendum non est, *ex regula. l. non aliter, ff. de legat. 3.* filium vero natum ex huiusmodi matrimonio putatiuo (etsi legitimus sit, & vere legitimus, vt in dictis iuribus, habetur, & ipsemet Curtius, *in dictis consiliis probat*) dici neutiquam potest, ex legitimo matrimonio natus, sed ex nullo, & illegitimo, quamuis propter bonam fidem alterius, dumtaxat coniugis putatiuo, & ad producendos filios legitimos apto, *Gabriel. vbi supra, numer. 2. & 4.* Quamobrem, iuris rationi aduersatur huiusmodi filios ex putatiuo matrimonio natos contineri, sub appellatione legitime, vel ex legitimo matrimonio natorum.

Porro non sufficit filium esse legitimum, & vere legitimum, in eo casu, quo vocatur legitime natus, aut ex legitimo matrimonio procreatus, Quæ constans vtique sententia est, si consideres veram esse, & communem opinionem, a nobis supra relatam, scilicet legitimatum per principis rescriptum vere, non ficte legitimum esse, *vt Bart. q. 3. communiter receptus, probat in d. l. si is qui pro emptore. ff. de vsucapio. & in d. consil. 64. Curt. iunior probat, numer. 12.*

43 Qua † ratione, quia vere legitimus est, communis alia sententia probat, quod sic legitimatus excludit substitutum vocatum, *si hæres sine filiis decesserit, vt in l. generaliter, §. cum autem, de institutio. & substitut.* Dd. magis communiter, *in l. ex facto, §. si quis rogatus, in 1. ff. ad Trebellian. Alexand. libro primo, consil. 2.* vbi firmat hanc esse communem, *& consil. 120. libro secundo, col. fin. Imola in d. §. si quis rogatus, in fine, Socinus, consil. 63. col. 3. lib. 3. Corneus, consil. 179. in fin. libr. 1.*

44 At † si substitutio facta sit, sub conditione, *si hæres sine filiis legitime natis,* aut *ex legitimo matrimonio editis, decedat*, legitimatus non auditur, volens substitutum excludere, vt cum communi resoluit Curt. *in d. consil. 64. numer. 12. versi. tamen ista communis.* Quod ea præsertim ratione procedit, quia repugnat disponentis voluntas, qui solum disposuit in fauorem eius, qui procederet ex legitimis nuptiis, ceteros prorsus submouens. Ex quo idem necessario respondendum esse, testatur *in dicto loco* Curtius, in filio nato ex putatiuo matrimonio, quia is neutiquam dici potest, ex nuptiis legitimis procreatus, *vt omnes tradunt, in d. c. ex tenore, qui filij sint legitimi. & post eius Decius, consil. 153.* & probat Curtius, *in d. consil. 64. ante versi. ex præmissis, sub numero duodecimo*, vbi hanc strenue sententiam tuetur. Quæ in puncto iuris verior esse videtur contra Decium, *consil. 153. per totum*, vbi ex multis contrarium nititur defendere, quem sequitur additio Alexand. *in d. lib. 7. consil. 5. Couarruu. de Sponsalib. cap. 8. §. 1. num. 3. Gregor. Lopez, in l. 1. tit. 13. Part. 4. verbo, se casa con ella col. 2. & Molina de Primogen. lib. 3. cap. 1. numer. 15.*

Vlterius, † in hac lege Regia, ibi: *Saluo sendo legitimado per nos, em forma que possa socceder abintestado,* ea obseruatio haurienda est, spurium legitimatum simpliciter a Principe, acquirere posse emphyteusim, & illam petere, si modo ita sit legitimatus, *quod possit ab intestato succedere*, quæ fuit sententia Baldi, *in l. generaliter, §. cum autem, C. de instiut. & substitut. & ibi Dd. communiter, Rub. in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de liberis & posthum. num. 160. cum sequent.* In quo sane aduertendum censeo, quoniam l. ista, relata ad terminos iuris communis, prout passim nostri pragmatici intelligunt, in concessione facta *pro filiis*, defendi neutiquam potest, citra magnam iuris communis violentiam, & correctionem. Iure enim communi, satis constitutum est, feudum, vel emphyteusim, *pro filiis* concessam, legitimatum non consequi, *vt in c. naturalis, si de feudo fuerit controuers. & ibi gloss. & Dd. communiter*, quia concedens feudum, seu emphyteusim, de solis legitimis videtur meminisse, *vt tradit Angelus, in disput. incipien. Quidam nobilis genere, Butri. in c. per venerabilem, qui filij sint legitimi, colum. antepenultim. Alexand. consil. 94. libro primo, & quidam alij, quorum meminit Curt. lib. feudorum, 3. par. numer. 39. versic. qua autem, pag. 273.* Qua ratione, ne domino directo per legitimationem, damnum aliquod inferatur, deficiente legitima sobole vtile dominium, cum directo consolidatum retinere desideranti, restringi principis legitimatio debet, ne ad feudum, & emphyteusim extendatur, *vt per Aluarotum, in d. c. naturalis, Alexand. libro secundo, consi. 2. in solut. 9. argum. & rursus consil. 97. lib. 2. Alexand. consil. 67. libro primo, Rubeus, consil. 33. numer. 3.* a quibus ortum habuisse leg. *lib. 2. tit. 17. §. 9.* mihi semper visum est, dum negat legitimatis successionē bonorum de corona Regia, quę in fauorem filiorum fuerunt concessa. 45

Quam † sententiam ego veram intelligo, etiamsi nulli adsint filii, quo casu, dominus directus deuolutionem prætendit, & vtilis cum directo dominio consolidationem, *vt in d. c. naturalis probatur*, ibi, *nec soli, nec cum aliis*, vt ibi aduertit Lauden. & Curt. *de feudis, 3. par. numer. 41. pag. 275.* intelligens hoc verum, siue legitimatus, ex testamento, siue etiam ab intestato succedat, quoniam simpliciter reperitur exclusus, ex intentione concedentis (qui solum legitimis prouidere intellexit, aliter maluit vtile dominium retinere) atq; etiam principis legitimantis, qui in nihilo, domino voluit nocere. 46

Quocirca, † vt hæc dubia tollantur, si legitimatus cupit feudum, aut emphyteusim apprehendere, præcauere debet, vt nominatim, & in specie huius successionis feudalis, & emphyteuticæ mentio, in legitimatione fiat: aliter illam minime obtinebit, vt adnotauit gloss. *in d. cap. naturalis*, sic limitans text. ibi, quam Dd. sequuntur communiter, *teste Curt. de feudis, 3. par. numer. 39. in princ.* concordant Scribentes, *in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liberis & posthum. Couarruuias, de Sponsalib. §. 8. cap. 8. parte, 2. post num. 6. versi. ex qua, Brunus, in consil. 1. num. 18. Rubeus, consil. 33. numer. 2. & 3. Gozadin. consil.* 47

consil. 25. ante num. 2. Gamma quæst. 2. num. 7. & est communis resolutio, *teste Carolo, in consuetud. Parisi. §. 8. gloss. 1. numer. 39.* & ita in feudo resoluit Iulius Clarus *lib. 4. in §. feudum, quæst. 82. in princ.* cum communi, & in emphyteusi Gamma *quæst. 72. num. 6.* concordat Decius, *consil. 624. num. 5.* qui nominatim loquitur in emphyteusi ecclesiastica, quam dicit concedendam legitimato a summo Pontifice, dummodo sit inserta clausula, *Quod etiam possit emphyteusim ecclesiasticam obtinere*, Quod idem voluit Decius, *in l. generaliter, §. cum autem, C. de institut. & substitut. num. fin. & consil. 269. num. 9. & 10. Gozadin. consil. 25. num. 12. Duennas, regul. 360. fallen. 2. Ascanius, lib. de patria potestate, cap. 5. num. 56. cum sequen. Gabriel consil. 30. num. 30.* Sufficit etiam clausula generalis, quod possit obtinere quæcunque bona, *Gozadin. consil. 6. num. 44. & consil. 25. num. 12. & consi. 46. num. 14. Menoch. consil. 19. num. 14. vol. 1.* Aliter simpliciter legitimatus huiusmodi emphyteutica bona non consequitur, vt resoluit Cassan. *in consuetud. Burgund. Rubri. 8. §. 5. & in consil. ibi posito, num. 12. versi. 7. Gozadin. consi. 25. num. 1.* & hæc fuit sententia Bald. *in c. quæ in ecclesiarum, de constit. col. antepenult. & in d. l. generaliter, § cum autem, tradunt Scribentes, in c. in præsentia, de probat. & Decius, consil. 275. num. 9. & consil. 285. num. 14. Bernardus de Luca, in regul. 231. & Gutierrez, in §. sui, instit. de hered. qualit. num. 179.* & habetur l. Regiam, *lib. 2. titu. 17. §. 9.* ibi: *Saluo se expressamente lhe for outorgado, & declarado, que os possa auer.* Cessat enim in hoc casu defectus intentionis dispensantis, quem supra diximus nocere.

Ex quibus recte opinamur legem Regiam, *in hoc §. 4.* quatenus emphyteusim concedit filio legitimato simpliciter, nulla facta emphteusis mētione, correctoriam esse, & ad profanam tantum emphyteusim restringendam esse.

48 Qua † in re ego aduerto, hanc legem Regiam minime loqui in emphyteusi *pro filiis* concessa, sed magis, *pro eo qui nominabitur, vt supra comprobauimus.* Quare incaute nimis quidam opinantur hanc l. Regiam, a supra scripta traditione recedere, non considerantes legem hanc loqui, & procedere in generali concessione, *pro eo qui nominabitur*, quæ extraneos etiam comprehendit, & consequenter legitimatos, vt in specie probat Afflict. *quæst. 386. num. 4. Gamma quæst. 307. num. 3. & sequen. Bonus de Curt. lib. de nobilit. 4. par. numer. 20. Carol. in consuet. §. 8. gloss. 1. ante num. 40. Alciat. consil. 39. num. 5.* asserens ita fuisse indicatum, qui loquitur in concessione *pro quibus dederis*, & *consil. 7. num. 1.* vbi citat Afflict. *in d. quæst. 386.* & loquitur in concessione, pro hæredibus & successoribus, secundū quem sensum, hæc l. Regiæ dispositio, iuris præceptis consentanea est, tantum abest, vt illis repugnet. Cessat enim hoc casu, prædicta consolidationis ratio, siquidem filiis, non extantibus extraneum, quempiam nominare licuit. Sed diuersum est, in concessione *pro filiis*, quæ ad extraneos non transit, & proinde, nec ad legitimatos. Verum quia Afflicti sententiæ plane aduersatur Decius, *consil. 171. post num. 1. & num. fin. ante versi. vltimo*, intelligens legitimatum, petere emphyteusim non posse, & si illa ad extraneos transire possit, *Gozadin. in consil. 46. num. 14. Iaso in l. 2. C. de iure emphyt. num. 103. & sequen.* necessario restringendus est ad emphyteusim ecclesiasticam non profanam. Hanc enim recte legitimatus petit, vt inferius resoluemus, *in tractat. de acquir. emphyt. non illam*: licet Dec. contrarium teneat quem carpit Alciat. *in d. consil. 7. nu. 2.* firmans derisum fuisse ab scholaribus, quia contra eum fuit pronunciatum.

Hinc inferas ad legitimatum, per l. Reg. *lib. 4. titu. 71.* quod huiusmodi emphyteusim non consequatur, quicquid opinetur doctissim. Gamma, *quæst. 2. num. 6. in fin.* qui tamen, *quæst. 307. a num. 3.* late defendit istam, procedere etiam in ecclesiastica emphyteusi, quia inquit lex ista disponit, solū de persona seculari, illam habilitans ad emphyteuticam successionem, citra vllius ecclesiæ præiudicium.

Vnde † l. ista, quatenus legitimatum a Principe, posse emphyteusim petere probat, limitanda vtique est, in emphyteusi ecclesiastica, ad quam legitimatus non admittitur, nisi a summo Pontifice sit legitimatus. Cum enim duo luminaria, summus rerum omnium opifex, Deus posuerit in cœlo omnino distincta, duos etiam gladios, seu magis potestatem duplicem, & imperium in terris, ecclesiasticum nempe, & seculare, omnino distinctum, & alterum ab altero adeo segregatum constituit, vt alterum alteri impedimento esse nullo modo posset: *vt in cap. quoniam, 10. distinct. & per totum, 18. distinct. habetur in c. cum ad verum. 96. dist. notant Scribentes, in c. nouit, de iudic. vbi Panorm. num. 2. & per tot. ne cleri. vel mona. tradit Perez, in ll. Ordin. col. 128. in l. 6. & sequen. & col. 774. Afflict. lib. 1. constitut. in l. iustitiæ, fol. 119. tradit Rebuff. in 3. tomo, ll. Fran. pag. 541. num. 18. cum sequ. & in 5. tomo pag. 97. in princ. Victoria, de potestate ecclesiæ, quæst. 1. & de matrimonio, pag. 459. tradit etiam Michael. lib. de regimine mundi, num. 92. vol. 10. tract. fol. 222.* 49

Ex † quorum sententia temporalia imperator, & ceteri principes temporales tractant, Pontifex vero summus spiritualia & ecclesiastica, ac proinde, principis secularis legitimatio, quoad bona, etiam feudalia, & emphyteutica prodest, profana tamē, non ecclesiastica, ad quorum successionem summi pontificis Dei vicarii legitimatio necessaria est, *vt resoluit Curt. Iun. consil. 136. num. 8. Paris. lib. 1. consil. 2. num. 121. Cassan. in consuet. rubr. 8. §. 5. & in consil. ibi posito, num. 64. & numer. 49. Brechaus, Apher. 129. Roch. de iure patr. verbo, campetēs, nu. 8. Ripa, in Rubr. de iudic. nu. 82. plures referens Couarr. de Sponsal. 2. p. cap. 8. §. 8. num. 18.* 50

Resolutio igitur sit, Cæsaream legitimationem, quoad emphyteusim ecclesiasticam non sufficere, *vt adnotauit Decius, consil. 171. col. 2. in princ. & 275. num. 2. & 9. & 284. num. 14. & Gamma quæst. 72. num. 6. versi. nec illi.* Qua etiam ratione tutor clerico a temporali præside datus bona ecclesiastica administrare non valet, *Decius, consil. 150. num. 4. & 9.* Etenim, *diuisum Imperium, cum summo Ioue Cæsar habet*, & alibi Virgilius sic canit, *Vestras Eure aquas, illa se iactet in aula, non illi imperiū pelagi, &c.* tradit Menchaca. *lib. qq. illust. 4. 85. num. 18. & Felin. in c. quanto, col. 2. ad fi. de iudiciis.*

Sic † etiam e contra, summus Pontifex quoad temporalia & bona profana nō legitimat ex scripta ratione, ne quomodo iurisdictiones se impediant, vt præcitati auctores docent. Quæ sententia sane est intelligenda, nisi Pontifex incidēter filios legitimet, principaliter super matrimonio dispē- 51

sans, & impedimentum canonicum submouens, quoniam tunc per quandam consequentiam, filios legitimos reddit, *vt tradunt Couarr.2.p.de Sponsal.§.8.c.8.num.12.cum seq.& Molina,lib.3.Primogen.c.2.nu.10.ad fi.cum seq.* dummodo tamen prolis mentio fiat, multa enim incidenter licent, quæ per seipsa principaliter sunt interdicta.

52 Quare † licet verum sit, Regem legitimare, quoad cõsecutionem iuris patronatus, non posse bastardum, quia spirituale ius, annexum habet, *vt habetur in c.quando, de iud.* nihilominus tamen legitimatus a principe, ad obtinendam parentum hæreditatem ius patronatus, hæreditarium obtinebit. In hæreditate nempe obuolutum, *vt post alios resoluit Couarru.d.c.8.§.8.circa nu.19. Felin.d.c. quanto, col.2.ad fi.de iudic.*

53 Quo † argumento, ego aliquando eleganter respondi, legitimationem principis secularis sufficere ad obtinẽdam emphyteusim ecclesiasticam, si modo hæreditaria sit, sic potest probari, *Alciat. respons.7.* qui late in fauorem legitimati consuluit stante concessione, pro hæredibus, & successoribus. Quam sententiam iuuat eorum traditio, qui probant ius patronatus vendi, & alienari posse, sub bonorum generalitate, veluti cum hæreditas alienatur, *vt tradit Panorm.in c.cum Bertoldus, de re iudic. Dd.in c.in literis. de iur.patron. Decius, in c.sedes, de rescript.nu.3.& in consi.127.num.2. Rochus, de iure patron. verbo, ipse, vel is, q.23.*

54 Potest † etiam Papa, quoad temporalia bastardos legitimare in terris ecclesiæ subiectis, *ex his quæ in specie tradit Afflict.in cap. naturalis, si de feud. fue. controu.nota 2.nu.4.cum seq.Gabriel.consi.21.post nu.15.cum seq* aliter extra suum territorium non potest. *Pelaez, lib.1.maio.q.58.nu.10.*

Quibus adde legitimatum non consequi emphyteusim habentem dignitatem aliquam annexam, nisi illius fiat expressa mentio, *vt nominatim resoluit Afflict.d.c.naturalis, notab.2.nu.2.Cotta verbo, legitimatus, col.317.& post Bal.Alcia.resp.7.nu.3.& 4.*

Diximus paulo ante, in legitimatione necessario faciendam esse emphyteuticæ, concessionis mentionem, vt illam petere legitimatus possit. Adde (vt opinor) sufficere verba generalia, *Quod possit succedere, & petere bona ecclesiastica, & illa obtinere.* Continetur enim bonorum appellatione emphyteusis, *vt tradit Pinell. in Rubr. C. de bon. mat. numer.11.p.1.*

55 Quod † insuper eodem in loco diximus, ideo oportere fieri mentionem emphyteuticę concessionis in legitimatione, vt intelligitur pontifex voluisse ecclesiæ, circa spem futuræ consolidationis nocere, vtiq; adnotandum est.

56 Quia † regulariter omnis Principis dispositio intelligitur, citra præiudicium tertii, *l.2.si quis a principe, ff.ne quid in loco publico,* ibi: *Si quis a principe simpliciter impetrauit, vt in loco publico ædificet, non est credendus sic ædificare, vt cum incommodo alicuius id fiat, nec sic conceditur ædificare,* & ibidem text. *in §.merito,* exornandus ex his, quæ nostri tradunt interpretes, *super regu.Cancell.de non tollendo iure quæsito, & Menoch.lib.1.sentent.arbit.quæst.9.& 48.Dd.in l.fin.C.si contra ius, vel vtilit.publicam.* Qua ratione, vt notabiliter Bernard. de Luco, *in regul.153.verbo, emphyteusis,* adnotauit, vt legitimatus emphyteusim possit ecclesiasticam consequi, debet simul cum superioris legitimatione, concurrere Rectoris ecclesiæ consensus, aliter illam non obtinebit. Consentit *Curt.iun.consi.156.num.6. Alexan.lib.2.consil.60.num.3. Curt.Senior.consi.65.post nu.17.Iaso.in l Gallus, §.& quid si tantum, nu.34.ff.de lib.& posthu. Carolus, in consuetud. §.8.glo.1.nu.39.& Duennas, regu.360. lim.2. tradit Gabr. consi.30.nu.6.& 7.*

Quo[d] ū † sane resolutio temperãda est, vt procedat, quando Pontifex maximus, simpliciter Bastardum legitimauit, seu ad obtinendam emphyteusim ecclesiasticam habilem fecit, quo casu loquitur *d.§.si quis a principe,* vt ex illis verbis liquet, ibi. *Si quis a Principe simpliciter impetrauit,* Non sic quando *Ex certa scientia, & plenitudine potestatis,* ille processit, vel quando aliter constat, illum voluisse domino directo nocere, circa spem illam futuræ consolidationis, cui nocere recte potest, quia de præsenti radicatum ius non est, *vt tradit Alexan. lib. 1.consi.2. col penult. Decius, consi.269. num.8. cum sequen. Paris.consi.1.nu.125.lib.2. Aymon. consi.135.col.3.Brunus, consi.1.num.33.Curt.iun. consi.157. Gabr.d.consi.30.nu.6. & 7.* intelligens aliter domino directo, per huiusmodi legitimationem, nullum prorsus inferri præiudicium, nisi constet superiorem voluisse illi omnino nocere. 57

Quod † vtique potuit Pontifex, quoniam cum omnibus inferioribus ordinariis concurrit, & eis nocet, *vt tradit Bellam.q.755.Bald.consi. 75.col.fin.lib.2. Paul.consi.461.col.3.lib.1.Bald.in c.1.qui feu.da possunt, nu. 2.Brun.consi.1. nu.31.& consi.59.num.29.Curt.iun.consi. 157.nu.10.* Quocirca si constat Bastardum ad emphyteusim ecclesiasticam, consequendam admittere voluisse, illam obtinebit, quia eo ipso dicitur voluisse, directo domino nocere, *Curt. iun. d.consil. 157.nu.24. Deci.d.§ cum autem, l.generaliter, C.de insti.& substit.in fi.Gab.d.consi.30.nu.8.cum seq.* asserens sic fore, & esse intelligẽdam glo. communiter receptam, *in d.cap.1.§.naturales, si de feud.fue.controu.* quæ probat Bastardum, tunc demum obtinere feudum, quãdo in dispensatione id nominatim expressum est, *Ruin.lib. .consi.36.nu.18. Goza.consi.25.nu.12.* 58

Potest † enim princeps in tertii præiudicium, & incommodum procedere, vt I.C. placuit *in d.l.2.§.si quis a principe, ff.ne quid in loco publico,* ibi: *Nisi forte quis hoc impetrauerit,* vbi glo. adnotauit id in modico saltem præiudicio obseruandum, quod etiam voluit glo. *l.seruitutis 14.§.publico, de seruitu.gloss. in l.sed cum 12.in fi.ff.ad Trebell. Iaso.in l.quoties, nu.4.C. de precibus Impera.offer.num.4.Decius, in cap.quæ ecclesiarum, num.26.ac constitutio.Bello.consi.28.nu.8.* licet repugnet Pinellus, *in 1.par. Rubr. C. de rescind. vendi. num.8.* 59

Quocirca, † vbi constat principem seu Pont. Max. admittere voluisse, legitimatum, admittendus ille est, non minus quam si a principio ille vocatus fuisset, aut dominus directus consensisset, non obstante consolidatione sperata, quia ab spe non probabili procedit, ad instar eius, quam habent venientes ab intestato, quos etiam non citatos, legitimatus filius submouet, secundum communem Scribentium resolutionem, *in l.Gallus §.& quid si tantum, ff. de liber. & posthum.* Cuius oppositum obtinet, quando spes est probabilis, qualis est illa, quam habent filii legitimi, quibus, nec in modico dicitur princeps voluisse legitimando nocere: *vt tradit Alexan.consil.60.colum.penultim.lib.2.* 60

Socin.

Socin consil 95. num. 15. lib. 4. Ruin consil. 167. lib. 1. Bertrand. consil. 525. col. fin. lib. 1. Boßim, lib. de Principe, num. 189. pag. 626.

61 Sed † *an sufficiat a summo Pōtifice impetrata, natalibus restitutio, ad obtinēda beneficia, cum cura, & sine cura (quæ solet a filiis presbyterorum impetrari)* dubium est? Statutum enim reperitur Deuter. 23. c. *Non ingredietur Mamzer, hoc est de scorto natus, in ecclesiam domini, vsque ad decimam generationem*, habetur *in cap. innotuit de elect. & in c. per venerabilem, in fin. qui filij sint legitim.* tradit Rebuff. *in praxi, sub tit. de dispen. super defectu nata. pag. 407. & Menoch. lib. 2. senteut. arbit. casu 201. ex nu. 34.* qui Alcia. notat in hac materia incaute loquentem.

Verum quia plerunque contingit, ex scortis natos, omni virtutum genere imbutos esse, & morum honestate commendabiles, consueuit princeps Apostolorum, eos nihilominus natalibus restituere, & habiles facere, vt ecclesiastica beneficia obtinere valeant, *text. in c. vificum pridem, de renun. c. presbyterorum, 56. distinct.* Vndecunque enim nascantur homines, si parentum vitia, non sectentur, nec paternæ incontinentiæ imitatores existant, salui erunt, *c. vndecunque, eadem distinct.* Alter excellentia clericalis, & sacramentorum administratio, his turpibus, & infamibus personis, committi non debet, *c. inter, de excess. prala. regula. infamibus de regul. iur. l. nec famosis. C. de dignit. libro duodecimo*, quę forte est ratio, ex bene fundata iuris prudentia, propter quam hi homines, ex scorto nati, emphyteusi ecclesiastica indigni reputantur, ne in loco honesto collocati reperiantur. Esse autem infames, & turpes communiter Dd. probant, *in l. fratres, C. de inoffic. testam.* Nec obstat filios tanquam innocuos, & expertes paterni sceleris, eorum culpa obstringi non posse, ex regula ciuili, ne filius pro patre, & *in l. 2. ad fin. ff. de decur.* ibi: *Nullum patris delictum innocenti filio pœna est, ideoque nec ordine decurionum, aut ceteris honoribus, propter eiusmodi casum prohibetur*, & ibi gloss. *verbo, nullum, l. crimen, ff. de pœnis, l. sancimus, C. eod. l. fin. in princ. ff. de bon. damn.* quoniam parentum crimina, aliquando filios contaminant, ac inficiunt, *c. quæro, cum sequent. 6. quæst. 1. l. quisquis, C. ad l. Iul. maiest. c. vergentis, de hæred.* & ne deformetur ecclesia, sed candidus ordo ecclesiasticus appareat, ita iuste statutum est, *Cardin. in c. præsentium, de filiis presbyter.* Præsertim quia filii parentum vitia sequi consueuerunt, *c. si gens Angelorum, 56. distinct.* Solet enim patri, filius similis esse, *gloss. in l. quod si nolit, §. qui mancipia, ff. de adilit. edicto.* Qua ratione incontinens præsumitur is, cuius pater talis fuit, *c. 1. & d. c. si gens, 56. distinct. Alcia. reg. 1. præsumpt. 24. tradit Prapos. in d. c. presbyterorum, 56. distinct.*

62 Quamobrem, † in his gratiis, solet illa salubris apponi clausula, *Dummodo imitator paternæ incontinentiæ non existas.* Cuius ad id meminit Rota antiqua, *846. ad fin.* & de Bisneto, *titu. qui filij sint legitim. quæst. 1. Vbaldensis, de success. ab intest. volum. 2. tractat. fol. 226. numer. 89. Quint. de signat. gratiæ, sub titu. de dispensa. pag. 58. vers. in dispensatione*, qui omnes concordant hanc clausulam conditionem, non inducere, quæ pia resolutio est, ne tam multæ dispensationes corruant, presbyterorum filiis concessæ.

63 Dubitant † modo interpretes nostri, *an natalibus restitutus, ad sacerdotia obtinenda, valeat emphyteusim ecclesiasticam obtinere, citra aliam nouam restitutionem?* Et proculdubio, hi qui exigunt nominatim mentionem, fieri rerum emphyteuticarum in legitimatione, quo illas possit legitimatus obtinere, probāt non sufficere habilem, quempiam reddi ad sacerdotia, & ecclesiastica beneficia, nisi etiam ad bona ecclesiastica, in emphyteusim concessa legitimetur.

Quæ † resolutio in terminis, de quibus agimus, sane tenenda videtur, si consideres gratiam, per quam presbyteri filius, aut quilibet alius illegitimus natalibus restituitur, ad obtinendam sacerdotia, & ecclesiastica beneficia dispensationem veram esse, non legitimationem: siquidem, quoad quid tantum reperitur natalibus restitutus, quo casu magis dispensatus, quam legitimatus dici potest, vt in fortioribus terminis respondent Soarez, *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testament. prope fin. Alexand. libro quarto, consil. 30. Decim, consil. 264. numer. 2. versic. 2.* firmantes illegitimum filium a principe natalibus restitutum, *vt parenti succedat in eo, quod illi placuerit*, dispensatum, non legitimatum esse. Concordant Costa, *in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthum. pag. 72. numer. 152. & in c. si pater, de testam. in 6. pag. 155. num. 51. Gomez. in l. Tauri, 9. num. fin. Ias. in Rubr. ff. de liber. & posthum. numer. 18. Siluan. consil. 45. num. 19. Tellius, in l. 12. Tauri, num. 21. Zuchar. in l. posthumo nato, C. de contra tabul. numer. 43.* secundum quem sensum, nemini dubium est dispensatum, non legitimatum esse presbyteri filium, ad sacerdotia, & ecclesiastica beneficia, natalibus restitutum. Qua ratione, Rebuff. Quint. & alii supra citati, eum dispensatum appellant, & Dd. passim hoc idem, vti rem certam, & indubitatam tradunt maxime, *in cap. 1. & 2. de filiis presbyt. libro sexto.* 64

Quo † præsupposito, eleganter infertur, ecclesiasticam emphyteusim consequi non posse, ad beneficia obtinenda dispensatum, quia dispensatio sua natura, odiosa est, tanquam legis communis quædam solutio, & violatio, omnino restringenda, *vt habetur in cap. 1. in fi. de filiis presbyt. libro sexto, tradit Galean. in l. 2. ff. de verb. obl. num. 13.* quo argumento omnes passim fatentur dispensatum ad duo curata, obtinere non posse, illa sub eodem tecto, vt est videre per Scrib. *in c. de multa, de præb.* Imo secundum Hostiens. & alios *in c. postulasti, de rescript.* Dispensationis enim, materia argumentum de maiori ad minus, affirmatiuū non patitur (quod alias grauissimum est in iure nostro, *vt in auth. multo magis, C. de sacrosanct. eccles.*) concordat Fedet. *consil. 14. Anchar. consil. 16. habetur in c. cui, de non sacerdotali, de præben. libro sexto, tradit Felin. in d. c. postulasti, de rescript. ante numer. 9. & in c. fin. de Symonia, numero quinto, Decim, in c. quia, a numer. 6. de præben. & in l. non debet cui, num. 6. de regul. iur. Couarru. de spons. fol. 186. num. 11. in 2. par. cap. 8. §. 8. Rebuff. in praxi, pag. 375. num. 64. Ias. in l. fin ff. de constit. princ. num. 43. & in l. omnium, C. de testam. num. 13.* Quocirca, licet difficilior sit dispensatio ad sacerdotia, & multo maior quam ad bona, nihilominus ad beneficia dispensatus emphyteusim ecclesiasticam non obtinebit, nisi nominatim ad id sit dispensatus, vt in specie resoluit Felin. *in d. c. fin. de Simonia, numero quinto,* 65

respondens oppositum fore dicendum in legitimato, qui ad spiritualia, & sic ad maiora, natalibus restitutus etiam temporalia obtinebit, c. per venerabilem, in princ. qui filij sint legitimi. Hæc enim fauorabilior est, vt ibi petenm, & propterea admittitur in ea argum. a maiori, quod in dispensatione negatiui per suprascripta, & in d. c. postulasti, de rescript. numer. 9. versic. limit. 2. concordat Decius, in consil. 76. numer. 2. versic. secundo principaliter, & prope numer. 3. respondens, legitimationem ad spiritualia factam, & concessam, quoad temporalia prodesse, per text. in d. c. per venerabilem, qui filij sint legitim. vbi id notant Scribentes, & Panorm. in c. ad aures, de rescript. col. fin. oppositum firmans obseruandum in dispensatione, quæ odiosa, & omnino restringenda est, concordat Gigas de pensionibus, quæst. 86. numer. 4. & Gamez. qui eandem opinionem (sequntus Decium) sequitur in regu. Chancella. pag. 682. in regul. de Triennali, q. 4. cõcordat Vbalden. de success. ab intest. nu. 105.

66 Ex † quibus vtiliter adnotandum est, legatum, Comitemque palatinum, qui legitimãdi, aut dispensandi, habent potestatem, & illegitimos natalibus restituendi facultatem, ad huiusmodi emphyteusim obtinendam dispensare non posse, seu legitimare, nisi id in mandatis expressum sit, vt cõsuluit Signor. consi. 221. cum quo transit Præpos. in d. c. per venerabilem, qui filij sint legitimi, cuius ad id meminit Decius, consi. 76. post princ. versic. tertio, concordant, Curt. de feud. 2. par. 3. p. num. 39. Boer. quæst. 123. num. penult. & fin. Socin. lib. 3. cons. 3. nu. 3. ita resoluit Iulius Clarus lib. 4. §. feudum, quæst. 82. nu. 4. Carol. in consuet. Paris. §. 8. glo. 1. num. 38. vbi dicit id maxime procedere, si emphyteusis habet aliquam dignitatem vnitam, cuius debet mentio fieri, vt iam diximus. tradit per plura Afflict. in cap. 1. §. naturalis, si de feudo fuer. controuers. num. 51. nota 2. Couarru. de Sponsal. in 2. par. cap. 8. § 8. ante num. 10. Tiraquell. lib. de morte, 4. p. declar. 3. num. 10.

67 Quod † sane intelligendum est, nisi ex verborum generalitate, aut alias constet de voluntate principis voluisse legato, aut palatino comiti, hanc potestatem dispensandi concedere, & quoad feuda & emphyteusim, ex his quæ tradit Decius, in l. 1. col. 2. versi. ad prædicta, ff. si cert. pet. in lectura Pisana, & in d. consil. 76. & 389. col. 2. versic. eodem modo, Ripa, in l. 1. num. 53. ff. de vulgari, Tiraquell. de morte, 4. p. declar. 5. numer. 11. Licet contradicat Galeaula, in l. 2. ff. de verborum obligation. numer. 9. ex auctoritate, Socin. consil. 3. lib. 3.

68 Et † quia potestas legitimandi a principe concessa, ad instar gratiæ latissime debet interpretari, vt in l. fin. ff. de constit. princ. communis, in d. l. 2. ff. de verbo. obligation. & in c. etsi clerici, §. de adulteriis, de iud. & fuit sententia Ioan. Andr. per text. ibi, in c. fin. de Simon. vbi Felin. numer. 7. Ripa, in c. ad aures, de rescript. numer. 94. Quare (inquit) licet ipsa dispensatio odiosa sit, & necessario restringenda: facultas tamen legato, aut comiti palatino concessa, tanquam fauorabilis, amplianda est, & consequenter, Comes, qui potest natalibus restituere, & bastardos habiles reddere, poterit cum ipsis dispensare ad bona emphyteutica obtinenda, licet eorum in facultatibus nulla sit facta mentio. Qua ratione non obstante, a superiore sententia recedendum est, quia etsi fauorabilis sit ista gratia, qua princeps concedit legato, aut comiti dispensandi facultatem, nihilominus restringenda est, & secundum eius expressam, aut tacitam voluntatem accipienda est, secundum quam, dicimus principem (eo ipso, quod in mandato, seu commissione nominatim non expressit & declarauit, concedere se facultatem dispensandi, circa bona feudalia, seu emphyteutica) illam negasse, quemadmodum, & eandem dicitur negasse, quando ipsemet simpliciter dispensauit, iuxta quem sensum procedit, quod Francus notat, numero secundo, capit. 1. de ætate, & qualit. in 6. resoluens quod habens liberam potestatem dispensandi, super aliquo defectu non potest alio concurrente dispensare, nec Socin. in d. consil. 3. libro tertio, cuius auctoritate Galeaula nititur, oppositum probat, vt ille falso credidit, & rectius adnotauit Tiraquell. iam citatus.

Quod † autem diximus emphyteusim ecclesiasticam capere legitimatum non posse, intelligi sane debet, nisi a principio ea fuerit alicui illegitimo concessa, ex his quæ scripsit Ias. in l. 2. § liberos, ff. de in ius vocan. nu. 1. & in l. generaliter, §. cum autem C. de instit. & substit. num. 11. vbi Decius, nu. 19. & in c. in præsentia, de proba. num. 47. quibus adde quæ supra diximus q. 19. nu. 18. 69

Fallit secundo præfata resolutio, quando is qui emphyteusim petit, iam erat conceptus, & legitimatus tempore concessionis, ex his quæ tradit Curt. iun. lib. feudorum, 2. p. 3. par. ante nu. 40. & iam supra aduertimus, q. 20. nu. 8. & 9.

Et † intellige, quod legitimatus in defectum tantum legitimorum filiorum admittitur, non illis extantibus, vel. ista in hoc. §. 4. plane probat & dixi supra, quæst. 21. post princ. in naturalibus quos legitimi præcedunt. Quo exemplo idem in legitimatis obtinet, qui iure speciali vocantur, non cõmuni, vt per Alex. lib. 2. consi. 60. nu. 10. Carol. in consuet. §. 8. gloss. 1. num. 43. 70

Adde † etiam legitimatum filium succedere, quando emphyteusis fuit alicui concessa, pro eo, & filiis suis, ex suo corpore editis, & edendis, quia & is ex corpore parentis procedit, vt tradit Afflict. in cap. 1. §. naturalis, nota. 2. post num. 64. cum sequen. Quæ resolutio in illis terminis admitti potest, quãdo scilicet, mihi & filiis meis, ex meo corpore natis, concessio facta est, non sic quando mihi, & vxori meæ, & filiis vtriusque, seu Ex corporibus nostris, emphyteusis concessa est, iuxta formam traditam, lib. 4. tit. 63. nu. 4. in qua specie vix admitterem ego legitimatum, ex alterius coniugis corpore dumtaxat natum, ex his quę in d. §. 5. scribenda sunt infra q. 11. n. 25. super tit. 63. §. 5. 71

Admitterem † tamen per subsequens matrimonium legitimatum, ita Iulius Clarus, lib. 4. §. feudum, q. 82. nu. 5. & sequ. amplians etiam in concessione pro legitime natis. Vtilis enim est hic articulus, & in praxi frequenter contingit, quandoq; homini soluto emphyteusim concedi pro eo, & prima futura vxore, & vno filio vtriusque, is Bertam per plures annos cognoscens, filios ex ea suscepit, tandem illam, in vxorem duxit: respondi pluries, emphyteusim, recte huiusmodi liberos, petere posse, etiam ecclesiasticam: quia verum est, ex vxore natos esse, quoniam matrimonii vis & potestas, retrotrahitur ad tempus natiuitatis, & sic ex vxore nati filii dicuntur: quasi iam esset contractum 72

matrimo-

matrimonium, vt in c. tanta, qui filij sint legitimi, Decius in d. l. generaliter, §. cum autem, in fin. C. de institut. & substitut. & consil. 155. num. 4. Felin. in c. in præsentia, de probat. num. 24. Las. d. §. cum autem, num. 9. Couarru. de Sponsal. 2. p. cap. 8. §. 2. Guilel. in c. Raynut. in princ. fol. 6. numer. 24. Igneus, in repet. l. necessarios, §. non alius, ff. ad Sillan. ex nu. 631. Anton. Marcus, lib. de compromiss. quæst. 3. nu. 3. Duennas, reg. 350. amplia. 6. & 7. Paris. lib. 2. consil. 13. num. 42. cum sequen. tradit Viuius, lib. opin. commun. verbo, filij nati, Canonista, in c. lator, qui filij sint legitimi, Alexan. in l. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebell. nu. 18. Ripa, in l. si vnquam, num. 86. C. de reuoc. dona. Boer. quæst. 240. num. 16. cum sequen. Siluan. consi. 3. & est hęc receptissima sententia, secundum Gabr. consi. 21. nu. 28. cum seq. quamuis Veneti hosce filios sua indignos nobilitate iudicent, secundum Fulgos. consi. 26. col. 2. & Viuium supra citatum.

73 Circa † quæ adnotandum est, quod de iure ciuili, vt quis per subsequens matrimonium efficiatur legitimus, quatuor principaliter concurrere oportet, sine quibus per contractum matrimonii nullus efficitur legitimus quę breuiter hic enarrare statuimus, vt facile notum fiat, quid hodie obseruandum sit.

74 Primo † requiritur, quod tempore conceptionis, parentes libere contrahere matrimonium valeant, vt tradit Anton. de Rosella. lib. de legitim. §. de caussa materiali, num. 26. vel saltem tempore partus, secundum Ioan. Andr. & alios, in c. tanta, qui filij sint legitim. habetur in l. nuper, C. de nat. libe. §. fin. instit. de nupt. & §. dubitatum, in auth. de incestu nupt. & §. tribus, in auth. quib. mod. na. effi. legit. Quod sane intellige, nisi tale sit impedimentum, quod submoueri sola voluntate potest, quale est impedimentum seruitutis. Dominus enim, qui ex ancilla filios suscepit, eam vxorem ducens liberam facit, filiosque legitimos reddit, dummodo alios non habeat legitimos, §. quod autem, in authenti. de Triente, & semi. Azo, in summa de natu. lib. Rosella d. lib. de legitim. §. de caussa materiali, num. 2. Ludo. a Sar. eod. lib. §. de legitima per matrimonium, num. 18.

75 Secundo † requiritur, quod filii sint nati & concepti a concubina in domo retenta, d. §. tribus, in auth. quib. mod. effi. legit. habetur in l. Paulus, ff. de statu homi. Bart. in l. fin. de concubin. quæ traditio in iure ciuili, recepta communiter est, secundum Gabr. consi. 21. nu. 2. in fi. sequitur eam Panorm. in d. c. tanta, col. fin. qui filij sint legitim.

76 Tertio † requiritur, quod conficiantur instrumenta nuptialia, quæ ad inducendam legitimationem, necessaria sunt, secundum gloss. communiter receptam, in §. quia vero, in auth. vt liceat matri, & in auth. maximus, C. de nupt. & si verum sit, quod matrimonia solo consensu contrahūtur, iuxta regulam, l. nuptias, ff. de reg. iur. Quare hæc instrumenta necessaria non sunt, exceptis illustrium nuptiis, auth. vt liceat matri & auiæ, §. quia vero, iam citato, Angel. consi. 79. dub. 1. & 2. vbi quod de iure canonico non sunt necessaria, cui dicit standum esse, sed quoad effectum successionis contrarium probat, imo quod standum est iuri ciuili. Debent autem huiusmodi instrumenta, secundum aliquos continere, promissam dotem, receptius tamē est, quod esse matrimonia celebrata testentur, gloss. & Dd. in auth. sed nouo, & in auth. maximus, C. de nupt. & in l. cum quis, C. de natu. liber. §. fin. inst. de nupt. Bart. in §. tribus, quibus mod. na. effi. legi. Rosell. & Ludo. a Sardis, de legitima per matrimonium, Brauus de Sponsal. conclus. 5. ampliat. 1.

Quarto † requiritur, quod mulier eius sit vitæ, 77
& conditionis, quod libere & honeste possit vxor duci, §. sed & aliud, in auth. quib. mod. na. effi. legi. §. aliud, quib. mod. na. effi. sui, Angel. in d. §. sed & aliud, Cæpola, in cautela 250. Curt. iun. consi. 136. Socin. iun. 52. libro primo. Firmans hanc traditionem communem esse. Non enim dicitur contractum matrimonium, cum ea quæ honeste vxor dici non potest, Bart. consil. 120. & in quæst. 11. Bald. in l. 2. C. quibus res iudi. Iaso. in l. nec. C. de testam. Facit, quod de matrimonio præsumpto alibi scriptum est ab Angel. in §. ad hæc, in auth. vt liceat matri, & auiæ, cessare quoties tali coniugio indigna est vxor, Gabriel tamen, consil. 21. num. 5. cum sequent. hoc requisitum negare esse necessarium intelligens, text. in d. §. ad hæc, solum loqui, & procedere, in legitimatione, quę fit per nominationem, quæ procedit a matrimonio præsumpto. Cessat enim, in hoc casu illa præsumptio, quando intelligitur talis est matrimonio, vt tradit Vbaldensis, de success. ab intest. §. de legitima per matrimonium, numer. 77. Salic. in auth. Item, C. de nat. lib. Rosella de legit. ex matrimonio præsumpto. latius Gabriel. consil. 21. num. 7. cum sequent. Cuius oppositum obtinet, in legitimatione inducta ex matrimonio subsequente, vere & realiter contracto, per quod quidem etiamsi vxor sit abiecta, & tanto viro indigna, filii legitimantur, vt tradunt Decius, consil. 155. col. 2. firmans communem, & Vbaldens. de success. ab intest. nu. 61. Ias. consil. 234. col. 1. lib. 2. Ripa, in l. vnquam, C. de reuoc. dona. num. 55. Pala. in c. per vestras, §. 20. num. 17. & in l. 1. Tauri. num. 32. Siluan. consi. 3. num. 44. Cassad. de Sponsa. q. 1. nu. 6. Duennas, regu. 350. fallen. 8. Cæpola, cautela. 247. Picus, Alexan. & alios citans, in l. Titia, §. Titia, ff. de leg. 2. num. 66. Couarru. de Sponsa. 2. p. cap. 8. § 2. num. 9. dicit communem Paril. lib. 1. consi. 13. nu. 68. quibus adde Socin. in l. sed est quæsitum, nu. 2. ff. de lib. posthu. Costam, in l. Gallus, §. & quid si tantum, 2. p. nu. 98. eod. tit. Tiraq. de nobil. c. 15. nu. 23. Boer. q. 240. nu. 16. Gomez. in l. 9. Tauri, num. 59. Gregor. Lopez. infra proxime citandus. Licet contradicant Ange. in authen. quib. mod. na. effi. legit. in princ. num. 1. & in § sed illud, num. 4. Bald. in auth. item si quis. C. de natu. lib. & in l. 2. C. quibus res iudi. Prapos. in c. tanta, nu. 27. qui filij sint legitim. Laudens. de legitima nu. 158. Cæpola, cautela 250. Curt. iun. consil. 136. nu. 10. Socin. iun. qui hanc testatur communem, consi. 52. nu. 2. lib. 1. Siluester Aldo. in § fi. inst. de nupt. Ruin. consi. 211. num. 5. & 6. lib. 1. Gerar. singul. 60. & quidam alij, quorum meminit Gregor. Lop. in l. 1. tit. 13. Par. 4. in glo. magna, versi. 4. limita. & plures alij quorum etiam meminit Menchac. lib. qq. forens. c. 41. Decius, consi. 155. col. 1. & dixit hanc esse admirabilem traditionem Picus iam citatus, neutram firmare ausus. Ex quibus plane constat in difficilem hanc quæstionem esse, quam, vt cetera optime, pertractat Costa, loco iam citato, priorem sententiam eleganter comprobans.

A qua † neutiquam recedendum est, conside- 78
rata præsertim iuris canonici dispositione, secundum quam cum abiecta muliere contractum matrimonium, tenet c. inter opera, de Sponsa. c. 1. de coniugio seruorū, licet de iure ciuili oppositum obtineat. vt habetur in l. imperialis, C. de nupt. auth. quib. mod. nat. ef. effi. legit. §. sed & aliud, & §. sequ. Quam in re standum, necessario est iuris canonici dispositioni. cap. 2. & fin. de secund. nupt. etiam in foro ciuili, vt habetur in

cap. 1. de Sponsalib. & in cap. Ecclesia S. Matth. de constit. Quocirca, & si de iure ciuili constans sententia sit, cessare hoc casu legitimationem, propter vxoris humilitatem, & abiectam vitæ conditionem, adhærendum est iuris canonici traditionibus, secundum quas filii legitimantur, *vt adnotant Rosella. de legitima. ex caussa materiali, nu. 25. Gabr. cons. 21. num. 10. Iaso. cons. 233. cum aliis a Gabr. citatis, in d. cons. 21. nu. 13. & Mench. lib. qq. forens. c. 41.* Vbi tamen hoc obseruauit esse, quoad effectũ legitimationis, quem matrimonii vis, & potestas producit, & quoad alioa omnes canonicos effectus, non ciuiles. Hoc enim quemadmodum lex ciuilis produxit, & concessit, ita abnegare potuit, ex regul. *l. nihil tam naturale, ff. de reg. iur. c. omnis res. eod. tit. habetur in reg. eius est nolle, ff. eod. & l. is potest, ff. de acq. hered.*

79 Vnde † quia patria potestas iuris ciuilis est, *vt habetur in princ. Instit. de patr. potest. & in prin. Instit. de nupt.* resoluendum est, huiusmodi filios non esse sub patria potestate. Nam quemadmodum lex ciuilis potuit aliis in casibus patriam potestatem negare, *vt in l. quidam cum filium, ff de verb. oblig. & in l. Diuus, ff si qui a parente fuer. manu.* ita etiã in hoc casu, quo fuerunt nati, ex abiecta muliere illam potuit submouere. Quo vtique argumento, similiter respõdendum est, hisce filiis negandam esse successionem, quoniam & successio mera est iuris ciuilis inuentio. A principio enim bona morientium vacantia erant, & occupantibus concedebantur, quare maximæ inter homines controuersiæ exoriebantur. Quocirca, legislatoribus sanctius visum fuit, certos concedere successores, *vt tradit Mencha. lib. de success. creat. §. 1. & in d. cap. 41. lib. qq. for.* Quamobrem, cum de iure ciuili huiusmodi matrimonio cum abiecta muliere cõtracto, filii non legitimentur, vtiq; respondendum est, eosdẽ parentibus non succedere, quod tamen in Regnis Castellæ non procedere Mencha. *d. c. 41.* probat ex *l. 1. tit. 13. Part. 4.* vbi eum abiecta muliere, contractum matrimonium tenere probatur.

Quid igitur in his Regnis est obseruandum? Dubia admodum sententia est. Siquidem legem non habemus, cum abiecta, & humili muliere cõtractum matrimonium probantem, quemadmodum habent Hispani. cuius argumento, & auctoritate Mench. *in d. c. 41 lib. qq. forens.* scribit adhærendum esse iuris canonici dispositioni, secundum quam matrimonium tenet, & filii legitimi fiunt, non obstante vxoris humilitate. Sed contrarium iure ciuili obtinet, cuius dispositio in his Regnis obseruanda est, siquidem agitur de concedenda, aut neganda filiis successione, quæ iuris ciuilis est, nec materiam peccati cõtinet, propter quod iuris canonici traditionib. stare debeamus, *iuxta l. Reg. lib. 2. tit 5. cum his qua tradit Mench. lib. qq. foren. c. 31. nu. 18. & lib. de Success. crea. §. 10. ante nu. 650. habetur in c. 2. de iureiuran. lib. 6.*

80 Vnde † licet concedamus, hos filios secundũ iuris canonici traditiones, legitimari, negare illis successionem possumus, *ex Angel. responso & auctoritate, in consi. 29. per tot. maxime dub. 3. nu. 5.* vbi postquam præmisit dotalia instrumenta, seu nuptialia necessaria esse, dumtaxat de iure ciuili, non canonico, ad huiusmodi legitimationem inducendam per matrimonium, resoluit sine dictis instrumentis, contractum matrimonium, filios tantum legitimare, & habiles reddere ad ordines suscipiendos, & sacerdotia obtinenda, non vero ad successionem consequendam, quæ iuris ciuilis est, & ab eius dispositione pendet. Quocirca, inquit, debet eam petens, secundum iuris ciuilis præcepta legitimari, *vt ibi latius prosequitur, & in §. dubitatum, in auth. de incestis nupt. Cin. in l. ex si contra, C. de nupt. Bald. in l. nec, eod. tit. & in l. si qua illustris, ad Orfi. Platea, in §. fin. Instit. de nupt. Socin. iun. consil. 52. lib. 1. & lib. 2. consi. 100. num. 26. Curt. iun. consil. 136. num. 7. plures alij, quorum meminit Mench. lib. qq. foren. cap. 41. num. 3. vers. contrariam.* Et est ratio, quoniam vt *ait Angel. in d. cons. 29. ante nu. 6.* necessaria consequentia non est, ille est legitimatus, ergo patri est hæres. Quamobrem, licet, secundum ius canonicum, per huiusmodi matrimonium, filii legitimentur, quoad ea quæ pendent ab eo iure, non sequitur quod proinde hæredes esse possint, siquidem hoc a sola iuris ciuilis dispositione procedit, vt hanc sententiã probans, tradit Mench. *in d. c. 41. ante nu. 4.*

Verum † contraria sentẽtia, verior & receptior 81
esse videtur, imo quod huiusmodi matrimoniũ, filios etiam quoad successionem parentum habiles reddit, vt nominatim voluere Panorm. & alii, *in c. tanta, qui filij sint legitimi,* intelligentes hodie de iure canonico, omnia supra scripta requisita, de iure ciuili necessaria, ad huiusmodi legitimationem producendam, iam abrogata esse, & omnino sublata, quia hodie solus legitimus consensus, id est, liber sufficit, *vt ibi per eos, & per Palat. in c. per vestras, de donat. inter vir. & vxor. §. 20. num. 17. Decius in l. iura sanguinis, de regu. iur. & consi 155. col. 1. cum seq. plures alij, quorum meminit Mencha. d. lib. qq forens. cap. 41. num. 3 & Gabr. consi. 11. num. 14. & 17. de quorum numero est Iaso. lib. 4. consi. 168. Paris. lib. 2. cons. 13. nu. 43. Ruin. consi. 211. lib. 1.* qui hanc probant sentẽtiam in vtroque foro obseruandam esse, quod vtique iuuat l. nostra Regia, *lib. 4. tit. 71. in fine princ.* ibi: *Isso mesmo auera lugar no filho que ouuer de algũa sua escraua, se ficar forro,* id est, *idem iuris erit, in filio, quem susceperit ex eius ancilla, si liber remanserit,* & *lib. 5. titu. 17. §. 9.* vbi simpliciter nulla mulierum facta distinctione, ad successionem bonorum de corona Regia, huiusmodi filii legitimati admittuntur. Caue tamen, quia lex illa oppositum videtur probare, dũ exigit, quod cõiuges sint æquales, seu pares, ibi, dum dicit, *sendo o dito casamento feito parceiramente,* id est, æqualiter. Hæc enim vox, *parceiro,* socium denotat, inter quos nihil magis, quam æqualitas exigitur, præsertim inter coniuges, secundum ea, quæ late sermone, *in l. 6. connu.* Tiraquell. tradit. Verum licet hæc obseruatio probabilis esse videatur, ego aliquando adnotaui, eam legem Regiam in eo verbo, *parceiramente,* magis significasse, quod matrimonium sit publice, & palam contractum, quod ex verbo sequenti deducitur, ibi, *ou em face de igreja.* Qua ratione hac in re magis adhærendum puto canonistarum sententiæ, quod hi filii legitimi fiant, & ad successionem admittantur, licet omnia iuris ciuilis supra scripta requisita absint, quod Rota non semel probauit, obseruandum in terris imperii, *teste Bursato, consi. 10. nu. 8. citans Moedanum, q. 181. Puteum, decis. 1. & 2. titu. de Sponsal. Nescẽrium. 70. & Gomez. 24.* Intellige licet agatur de obtinẽda dignitate Ducatus, aut Marchionatus, *Bursatus, cons. 10. nu. 8. qui citat Curt. iun. cons. 136. Couar. de sponsal.*

de sponsal. c. 8. §. 2. num. 8. Roland. consi. 100. lib. 2. Bero. in c. in præsentia, de proba. nu. 360. Hieron. Scurf. consil. 1. art. 2. num. 4. Paris. consi. 13. nu. 44. lib. 2. Ruin. 86. lib. 3. Portius, lib. opin. commun. lib. 4. c. 35. & 36. Alcia. consi. 201. Rolan. 88. lib. 1. Gabriel in suis conclus. commun. lib. 6. de legitima. conclus. 1. amplia. 4. num. 11.

82 Porro, † quoad successionem emphyteusis ecclesiasticæ, de qua agimus, extra omnem aleam, & hæsitationem quęstio est, in fauorem filiorum decidenda, quoniã omnes nemine discrepante concedunt, semotis dictis iuris ciuilis requisitis legitimari filios, quoad ea quæ pendent a iure canonicò, & ecclesiæ dispositione, a qua pẽdere emphyteusis ecclesiæ successionem, iam supra ostendimus probantes necessariam esse summi Pontificis legitimationem, nec sufficere Cęsaream. Quocirca, hæc quæ contingit per matrimonium subsequens semotis, & non concurrentibus iuris ciuilis requisitis, *de quibus supra*, sufficiens est, tanquam a summo Pontifice confirmata, vt nominatim resoluit Angel. *in d. consil. 29. prope finem.* Qui postquam negauit his filiis hæreditariam successionem, plane concessit rerum ecclesiasticarum emphyteuticam. Et sic conueniunt, quæ supra scripsimus posse Papam quoad ecclesiastica legitimare, Cæsarem vero quoad temporalia, quia diuisum imperium habent, *Rota noua 200. Butri. in c. per venerabilem, qui filij sint legitimi. numer. 11. cum seq. Decius, consil. 55. col. 2. numer. 3. Gabriel. consi. 29. num. 6. cum sequent.*

83 Addens † hoc verum esse, & obseruandum, licet partes consentiant. Quoniam (inquit) legitimare, est de principi reseruatis, in quibus cessat prorogatio. *Cuma. consi. 168. col. 3. Panorm. in d. c. per venerabilem num. 23. Afflict. tit. si de feud. fuer. controu. § naturales, nota. 1. numer. 12. Iaso. consil. 70. col. 2. in fin. lib. 3. Capra, consi. 2. col. 4. Socin. Iun. consil. 100. col. 9. lib. 2. qui firmat communem Decius, consil. 517. col. fin. & consil. 150. num. 5. Couarru. de Sponsa. cap. 8. §. 8. num. 14. conclus. 4.* Licet contradicant Præpos. *in d. c. per venerabilem, num. 7. Rosella. de legitima. per rescriptum, num. 15. Bald. in 1. constit. C. col. fin. Vbalden de success. ab intest. num. 106. §. de legitima. per rescriptum, Decius, consil. 52. num. 2. & consi. 55. num. 7. Paris. qui hanc dixit communem, consi. 1. col. 2. lib. 2. Crotus, in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liber. & posthum. nu. 89.* secundum quam sententiam, aliquando iudicauit Rota, *teste Gabri. consil. 29. ante nu.* 8. & refert Fabius, *lib. 2. decisio. q. 10.* nondum impressarum, admonens oportere, quod concurrat consensus filii, & parentis, licet deficiat ceterorum agnatorum, quorum præiudicium non est probabile, vt Dd. cõmmuniter resoluunt, *in d. §. & quid si tantum*, quamuis Ludou. a Sard. *de legiti. per rescriptum, & §. de requisitis ad legitima. q. fin.* & Vbald. iam *citatus, num. 16.* intelligunt venientium ab intestato, consensum validare huiusmodi legitimationem posse, non aduertentes etiam in hoc casu vigere prædictam rationem, impedientem prorogationem, quoniam versamur in materia ipsi principi reseruata, quæ prorogationem non patitur, citra illius assensum, *vt tradit Socinus nepos, consil. 100. numer. 29. lib. 2. Couarru. de Sponsal. 2. p. cap. 8. §. 8. conclus. 4.* quæ traditio verior est, & tenenda, *teste Gabriel. consil. 29. numer. 9.* respectu saltem bonorum existentium, in territorio principis, qui poterat legitimare, quoad illorum successionem, idque Gabriel. testatur esse de mente omnium.

Verum, vbi Papa legitimat incipiens a matrimonii radice, submouens aliquod canonicũ impedimentum, in confesso est, legitimos filios fieri, etiam quoad temporalia.

84 Quibus † adde dispensationem, ad obtinendam emphyteusim ecclesiasticam, non extendi vltra casum, in ea expressum, quia stricti iuris est, & tanquam odiosa necessario restringenda, *Anchar. consil. 241. col. 1. Socin. consil. 246. numer. 5. libro secundo, Decius, 576. num. 7. & 338. num. 5. Cuman. consil. 168. col. 2.* Vnde dispensatus, *ad quascunque successiones, & hæreditates, etiam feudales, & emphyteuticas,* solum obtinebit emphyteusim hæreditariam, & sic iure hæreditario delatam, quam respexisse dispẽsantem, d. verba docent, vt nominatim adnotauit *Gabriel. consil. 30. num. 22. cum sequent.* negans ei proinde emphyteusim *pro filiis* concessam, quam ex prouidentia domini dicimus procedere, & consequenter, quamuis aliam citra ius & nomen hæredis obtinendam, quam nos *de Nominatione* vocamus, quoniam nominari modo quo supra dispensatus ad eam non potest, vt resoluit *in d. consil. 30. Gabriel, ex auctoritate Ancharran. consil. 241. nu. 5. & cons. 308. col. 2. in prin. cum ibidem a Gabriele adductis, vsq; ad finem consilij.*

85 His † accedit vtilis admodum, & necessaria quæstio, *an superueniens dispensatio prosit Bastardo, quoad emphyteusim iam obtentam, vt illam libere retinere valeat?* De hac pluries in facto respondimus. Impetrant enim illegitimi, a Summo Pontifice dispensationem, ad obtinendã quamcunque emphyteusim in perpetuam, aut in tertiam generationem seu vitam, ad quam summus Pontifex concedit, vt nominari tam a parentibus, quam a quibusuis aliis extraneis, libere possint, contingit plerunque hos, ante dispensationem obtentam, emphyteusim habere, & possidere, cuius nulla fuit facta mentio, quæritur modo an vigore huius dispensationis, possit sic dispensatus præfatam retinere emphyteusim, absq; noua dispensatione?

86 Pro † parte negatiua, quod emphyteusim retinere non valeat, inducitur, si consideres, huiusmodi dispensationem, nihil aliud continere, quam quandam obtinendi emphyteusim licentiam, quæ præcedere debet, vt natura licentiæ postulat, *vt est text. & ibi notant Dd. in c. licet, de regularibus & in cap. omnes vtriusque sexus, de pænitent. & remissio. tradit Gomez. in l. 42. Tauri, & Barba. libro secundo, consil. 58. Dd. in l. qui in aliena, in princip. ff. de acquir. hæred. & in l. si quis mihi bona, & iussum, eodem titul.* quo argumento, Gregor. Lopez, *in l. 27. titul. 4. Part. 3. gloss. 1.* satis in simili resoluit Cæsaream dispensationem, & licentiam constituendi maioratum, de vniuerso patrimonio, non conualidare, aut stabilire maioratum iam constitutum, etiamsi post hanc licentiam impetratam, ille bona aliqua, de nouo iam constitutæ, maioriæ addat. Concordat idem Gregor. Lopez, *in l. 2. titu. 15. Par. 2. verbo, Maioria, col. 2. in fine, & Molin. lib. 2. de Primogen. Hisp. c. 7. num. 1.* Quare superueniens dispensatio, quoad emphyteusim iam obtentam, prodesse non debet. Vtraq; enim, scilicet,

maioriæ constitutio, de vniuerso patrimonio, & emphyteusis retentio, ex apostolica licentia, & dispensatione odiosa est, & restringenda, ad futura, non præterita.

87 In † cuius rei fauorem, habent Hispani legem Regiam *42. Tauri*, decernentem ex licentia, & principali rescripto superueniente, non confirmari maioriæ constitutionem, nisi illius fiat expressa mentio, & indiuidua, vbi gloss. ait, conuenire *l. licentia, C. de episcop. & clericis*, & quædam alia iura, probantia decretum & auctoritatem præcedere, necessario debere, & interuenire ante actum perfectum, vel saltem in ipso actu, *vt tradunt Scribentes, in d. l. si quis mihi bona, §. iussum. ff. de acquirenda heredit. & in cap. in præsentia, de officio delegati.* Ex quibus Gomezius, *in d. l. 42. Tauri*, sex deduxit fundamenta, quibus iustissimam reddere, d. legis Regiæ dispositionem conatur. Vide ibi, *col. 1. per totam*, & Palat, *numer. primo, & Arias, numer. 6.*

88 In † oppositum multa sese offerunt, quibus perpensis hæc indicari potest, iure verior sententia, quam imprimis probare videtur Iureconsultus, *in l. si quis filio, 6. §. irritum, ff. de iniusto rupto*, vbi quidam testamentum fecit eo tempore, quo testari illi interdictum erat, deinde licentiam, & testandi facultatem obtinuit, quærebatur, *an conualesceret eo ipso testamentum?* Et respondet Iureconsultus, quod sic, & ibi notant Dd. & tradit Bertrand. *consi. 103 lib. 2. num. 50. cum sequen. Hippoly. in praxi, §. 2. num. 54.* & fuit sententia Pauli, & Alexan. *in l. & militibus, C. de milit. testam. tradit Thobias consi. 59. num. 11. Quintilian. de signa. gratiæ, sub Rubrica, de licentia & facultate testandi, in fin. pag. 123. in princ.* qui aliquibus comprobat similibus. Loquitur enim in licentia, seu dispensatione apostolica, Episcopo & similibus, testari prohibitis concessa, & resoluit iam factum testamentum cõualidari, quam etiam opinionem probat Tellius, *in l. 4. Tauri, in princ.* contra Parisium, contra quem etiam, residet, Molina, *lib. 4. de Primogen. c. fin. num. 21.* Ex quibus, nos aliquando hoc ita respondimus, in casu magni quidem momenti, & eleganter etiam id obseruauimus ad l. Reg. *lib. 5. tit. 94.* & inducebamus adnotata *in l. iam facta. ff. de condit. & demonstr.* & tradita per Mencha. *lib. de success. crea. §. 26. num. 99.* cum num. præcedentibus videndum.

89 Quibus † adde ad propositum nostrum, optime facere Domin. auctoritatem, *in c. vnico, col. 2. de excess. prælat. lib. 6.* resoluentis indultum apostolicum concessum fratribus de obseruantia erigendi ecclesiam, in monte, extendi ad ecclesiam iam erectam, & ait Bald. *in l. fin. col. fin. C. de sentent. quæ sine certa quanti.* quod legatum Bertæ maritandæ debetur illi iam coniugatæ, & Paulus, *in d. l. si quis filio, § irritum, ff. de iniusto rupto*, probat Regiam licentiam constituendi molendinum, in flumine publico, extendi ad iam constructum, tradit Iaso, *in l. quo minus, ff. de flumin. num. 21. & 128. cum seq. Barbat. in c. constitutus, col. pen. in fine de rescript. Felin. in c. quoniam. col. 12. de constit. & Hippolyt. in l. quæstionu, ff. de qq. nu. 45. cum seq.*

90 Fouetur † Pauli sentẽtia, *in l. & militibus, C. de testamento milit.* firmantis apostolicam dispensationem, ad duo incompatibilia, prodesse impetranti, qui illa iam obtinebat, vt eadem retinere possit. Sequitur additio fin. *in fine, in d. l. 41. Tauri, vbi Arrias, numer. 6.* & Gomezius, *numer. 2.* sex inducit argumenta, pro dubitandi ratione ad illam legem, quibus non mediocriter hæc comprobari sententia potest, quam prius tradidit, & fusius agens Iaso. *in d. l. quo minus, de flumi. quæst. 21. num. 128.* Cuius sola relatione fuit hac in re contentus, Palatius, *in d. l. 42. Tauri. numer. 4. & Afflict. quæst. 355.* Ex quibus hæc probabilis videtur opinio, & in puncto iuris verior, quam, si bene expendas, magis videtur probasse Gomez. *in d. l. 42. Tauri*, quamuis magnopere illius l. dispositionem defendere conetur, & ad tex. *in d. l. si quis filio, §. irritũ, ff. de iniusto rupto*, respondere. Inquit enim, in casu illius text. licentiam superuenientem operari testamenti validitatem, quia testamentum solum pendet a testantis voluntate. Quocirca, quoniam de nouo potuit post impetratam licentiam testari, mirum non est, si prius factum testamentum confirmetur, *vt notabiliter tradit Cyn. in l. si iam facta, ff. de condit. & demonstratio. quem ibidem sequuntur Imola, Soccinus, & alij, & Palat. in cap. per vestras, §. 10. ante numer. 2.* Hæc sane solutio, & interpretatio, (lector optime) si bene expendatur, eam regulam probat generalem, quæ habet, quod quotiens actus gestus pendet, a sola voluntate agentis impediti, sublato a principe impedimento, ille prius factus confirmatur. Qua ratione, in casu *d. l. 42.* superueniens licentia constituendi maioriam de vniuerso patrimonio, debet iam factam confirmare: siquidem iam pendet a sola impetrantis voluntate, qui libere potuit maioriam constituere, ad quod profecto non videtur Gomez. aduertisse, intelligens maioriæ constitutionem, a sola voluntate patris non pendere, quia necessaria est principis licentia, quod sane fatemur, ante impetratam licentiam. At post illam impetratam, sine dubio ab illius tantum voluntate pendet, si illud tempus intueamur, quo ex Cyni, Imolæ, Socini, & aliorum auctoritate, *in d. l. si iam facta*, concedenda est, iam facti testamenti confirmatio, cum res peruenerit ad casum, a quo libere potuit incipere.

Ego † nihilominus tex. *in d. §. irritam*, longe ali- 91
ter intelligendum censeo: loquitur namque, vt ego intelligo in casu longe diuerso ab eo, ad quẽ induci solet. Agitur enim ibi de testamento a principio valido, irrito tamen per capitis diminutionem, quam testator fuit passus. Quo casu inquit Iureconsultus si in sententia illi reseruetur testandi potestas, vt euitetur circuitus, respondendum est, prius factum testamentum tenere, siquidem a principio validum fuit, resque de facili ad suam redit naturam, qui est verus illius text. sensus, *vt post Imolam adnotauit Iaso. in d. l. quo minus, ff. de flumi. numer. 134.* Quocirca adaptari dispositioni text. *in d. l. 42. Tauri*, in qua proponitur, nullam a principio patrem constituisse maioriam, similiter, & casui nostro, in quo bastardus nulliter obtinuit emphyteusim, nullo modo potest. Nam cum actus a principio inutilis sit ipso iure, ex superueniente principali licentia, seu dispensatione, conualescere non potest, ex his quæ scripsit Tiraquell. *lib. de cessante caussa, fallent. 12.* Quo sane argumento defendi vtique potest, *d. l. 42. Tauri* dispositio, quæ agnoscens maio-

niam

riam constitutam de vniuerso patrimonio, nullius momenti a principio esse, propter filiorum præiudicium, statuit superueniente dispensatione, seu licentia principis, nullatenus confirmari, nisi eam princeps confirmet, & approbet nominatim, quæ meo quidem iudicio est, non contemnenda ad *d.l.42.Tauri*, decidēdi ratio, quam Hispani interpretes, etsi plurimum insudauerint, forte assecuti non fuere. Ex quo

92 Iam † subinfertur, nimis suspectam effici Palatii opinionem supra relatam, volentis licentiam Regiam instituendi maioratum, etiam de legitima filiorum, extendi ad maioratum iam institutum.

Suspecta redditur etiam eorum sententia, qui opinantur, licentiam apostolicam testandi, concessam episcopis, & similibus, qui testari non possunt, conualidare testamentum antea factum, de qua traditione merito dubitauit Iaso. *in l. quo minus.ff.de flumi.num.130.*

Quamobrem attente Palat.*in d.l. 42. Tauri*, locutus ait *num.* 4. eam sententiam admitti tantum posse, quando princeps eam licentiam concedēs, agnouit testamentum, quia tunc videtur iam factum testamentum approbare, argumēto eorum quæ tradit Batt. *in l.priuilegia,post prin.C.de sacrosanct. eccles.* resoluens, confirmationem principis, ex certa scientia factam, suum operari effectum, non si ignoranter id fecit, quod in auctoritate præstanda voluit Bald. *in l.fin.§.sin autem, C.de bo.qua liberis.* Faciunt adnotata *in Clement.si vnus, de sententia excommun.* vbi Summus Pontifex, scienter alloquens excommunicatum, dicitur illum absoluisse, non si ignoranter, secundum quem sensum inquit Palatius, intelligi potest, quod Paulus, Iaso. & Gomez. supra citati, adducunt de Papa dispensante, ad duo incompatibilia, vt tueatur dispensatum, qui illa iam obtinebat, si id ille sciebat, aliter minime, si ignorabat, *Rota noua, 307.col.2.in prin. Rebuff. lib.de nomi. quæst. 15.nu.34.* qui inducit adnotata per Panorm. & alios, *col.pen.in cap.ad aures, de rescript.& Felin.in c.postulasti, ad fin.eod.tit.* Quibus in locis habetur dispensationem superuenientem, minime purgare vitium electionis, aut illegitimitatis, quæ fuit sententia Domini. *in c.non potest, §.1.de Prab. in 6.* resoluentis dispensatum, quod possit duo curara recipere, non posse eadem iam obtenta retinere, licet, dubitet Francus, ibi, *num.2.* intelligens per hoc, dispensationem inutilem fieri, nisi ad iam obtenta extendatur, contra adnotata *in c.1. de priuilegiis, in 6. cum similibus.* Quæ ratio conuincit, quādo dispensans sciebat, curata iam esse, ab impetrante obtenta, aliter minime. Tenenda est igitur Palatii sententia, & Rebuffi *d.nu.34.* vbi Paulum, & Iaso.citant, *in d.l.quo minus, q. 21.* qui cum Palat. concordāt. Et videtur quidem hæc vera, & firmiter tenenda resolutio.

93 Secundum † quam maioratus iam institutus confirmatur, per licentiam superuenientem, & a Principe sciente concessam, vt resoluit Palat. *in d. l.42.Tauri, num.3. ad fin. Iaso.in d.l.quo minus, num.130. ff.de flumi. Rota, Francus, & Rebuff. supra proxime allati.* Secundum eam etiam resoluitur, dispensationem ad obtinendam emphyteusim prodesse ei, qui illam iam obtinebat, si modo Princeps dispensans id sciebat, aliter non.

Ad † hæc omnia in dispensatione obtinere dicendum est, non in legitimatione. Hæc enim fauorabilis est, & secundum communem traditionem nostrorum, siue per rescriptum, siue etiam per matrimonium fiat, retrotrahitur ad tempus natiuitatis, *vt habetur in l.Gallus, §. & quid si tantum, ff.de liber.& posthum.* Quare probabile est, natalibus restitutum, & ad emphyteutica etiam bona obtinenda legitimatum, iam obtenta retinere posse, quasi a principio capacem natum, quod sane, frequens est in praxi. 94

Vltimo, † pro complemento huius §. aduerto, ad huiusmodi legitimationem cōcedendam non fore citandos agnatos, possidentis emphyteusim, quibus non dicitur ius probabile acquisitum, vt nostri interpretes resoluunt *in l. Gallus, §. & quid si tantum, ff. de liberis & posthumis.* Quod sane intelligendum est, nisi illi vocati in concessione reperiantur, quoniam tunc illis noluisse principem nocere respondendum est, nisi ex certa scientia procedat, *vt tradit Gabriel. consi.30. num.6.* aliter si non sunt vocati, eorum consensus, non est necessarius, sed domini directi dumtaxat, cui nocere potest dispensatio, circa consolidationem dominii vtilis cum directo, *vt iam supra adnotauimus, & tradit Gabriel.in d.consi.30.num.9. Angel.consil.402. Alexan. consil.60.lib.2.col.2.Gozadi consi. 25.num.12.Socin. consi. 5.lib.3.num.20.Ruin.consi.99.lib.3.col.penul.* & hæc fuit sententia Innocent. *in c.nisi cum pridem, num.9.de renuncia.Panor.in cap.cum olim, nu.6.de re iudic.* 95

SVMMARIA.

1 *Emphyteutica concessio Regis a priuatorum emphyteusi regulatur.*
Fallit, si emphyteusis in perpetuum concedatur.
2 *Patre & Primogenito, bello mortuis, secundo genitus emphyteusim capit, excluso nepote ex primogenito.*
3 *Emphyteusis a Rege concessa, ad similitudinem priuata confertur, & imputatur.*
4 *Clericus est incapax emphyteusis Regia.*
Interpretata Ordinatio Regia, lib.2. tit.7.
Ratio legis est illius anima.
5 *Differentia grandis inter bona Regalia, & emphyteutica.*
6 *Clericus ad emphyteusim priuatam, nominari recte potest.*
7 *Emphyteusim per annum potest clericus nominatus retinere.*
8 *Clericus libere nominari potest.*
9 *Per commissi pœnam non est plene prouisum exactoribus Regiis.*
10 *Emphyteusim a filio nominato, non repetit nominantis filius ex testamento, vel ab intestato succedens.*
11 *Emphyteusis pro hæredibus, & successoribus, est hæreditaria.*
Nisi sit hæres, hanc emphyteusim capit nemo.
12 *Clausula pro hæredibus, & successoribus, includit hæredes de iure ciuili, vel prætorio.*
13 *Concessio pro hæredibus est hæreditaria.*
Concessio pro omnibus hæredibus, vel quibuscunq; hæredibus.
14 *Emphyteusis simpliciter concessa, hæreditaria est, licet hæredum non fiat mentio.*
15 *Ius emphyteuticum est hæreditarium.*
16 *Emphyteusis prosana sua natura est hæreditaria.*
Emphyteusis hæreditaria patitur repræsentationem.

17 *Emphyteusis concessa pro eo, qui nominabitur, vel etiam pro filio nominando, hæreditaria non est. Et interpret. Ordin. lib. 4. tit. 77. §. 32.*

18 *Emphyteusis hæreditaria imputanda est.*

19 *Emphyteusis pro filiis concessa, hæreditaria non est, quia non imputatur. Hæreditaria tamen imputatur.*

20 *Emphyteusis pro filiis concessa, etiam profana hæreditaria non est.*

21 *Hæreditaria est emphyteusis pro hæredibus concessa.*

22 *Emphyteusis concessa, pro liberis, filiis, vel descendentibus, hæreditaria non est, ideo potest repudiata hæreditate retineri.*

23 *Emphyteusis, etiam profana pro filiis concessa, non est hæreditaria.*

24 *Concessio pro hæredibus feudum reddit hæreditarium.*

25 *Ad extraneos non transit feudum pro hæredibus concessum.*

26 *Emhyteusis ecclesiastica, pro hæredibus concessa, non transit ad extraneos.*

27 *Concessio pro liberis, & hæredibus, hæreditaria est, non tamen ad extraneos transit, etiam si sit profana emphyteusis.*

28 *Verbum Hæredibus, in concessione feudali, quid operetur.*

29 *Mixta concessio, exigit quod petens emphyteusim, sit agnatus & hæres.*

30 *Hæreditaria est emphyteusis, etiamsi verbum hæredibus, apponatur in executione concessionis.*
Clausula in executione posita non alterat.

31 *Hæreditaria dicitur emphyteusis pro hæredibus cōcessa, quam nisi sit quis hæres, habere non potest.*

32 *Concessio pro hæredibus descendētibus, ex corpore meo.*

33 *Mixta potest hæc concessio censeri, pro liberis & hæredibus concessa, maxime vbi constat quod dominus voluit concedere pro hæredibus.*

34 *Concessio pro suis hæredibus, an admittat suitate carentes.*

35 *Concessio pro suis, & pro suis hæredibus differunt.*

36 *Concessio pro legitimis hæredibus est hæreditaria.*
Concessio pro legitime descendentibus hæredibus.

37 *Fallit extante clausula, quod succedant seruata sexus, & ætatis prærogatiua.*

38 *Fallit in concessione, quod succedatur iure Francorum, vel etiam pro posteris, vel pro genere, aut in tertiam generationem.*

39 *An sufficiat, quod sit hæres primi acquirentis.*

40 *Concessio pro hæredibus masculis, non est hæreditaria.*

41 *Bruni sententia verior, quod concessio pro hæredibus masculis est hæreditaria.*

42 *Concessio pro hæredibus restringitur ad liberos, & quando.*

43 *Disponentis voluntas efficit, quod verbum hæredibus exponatur pro liberis.*

44 *Absurdum ne sequatur, verbum hæres restringitur ad filios.*

45 *Concessio pro liberis, hæreditaria non est, & consequenter pro hæredibus, quando illa restringitur ad liberos, vt contingit in casu l. ex facto. §. fin. ff. ad Trebell.*

46 *Secundum vsum loquendi, verbum hæres, respicit filium.*

47 *Interpreta l. ex facto, §. fi. ff. ad Trebell.*

48 *Concessio pro eo, qui nominabitur ex hæredibus, an sit hæreditaria.*

49 *Concessio de hærede in hæredem, non est hæreditaria.*

QVÆSTIO XXII.

FEstinamus iam, candide lector, ad finem operis, & superato, emensoque veluti vastissimo Oceano, quasi nautæ iuxta terram adnauigantes, adiacentes littori scopulos, villas, loca, aggeres, promontoria, insulasque oculis percurrimus, ac perlustramus quousq; in optatū portum, ratis secūdis ventis perferatur. Etenim vastum hoc nominationum pelagus ingressi, singulos ordinationis Regiæ recessus, sinusq; peruagati, iam absoluto gratulamur operi. Restat igitur §. pen. vbi Legislator, tanquam ex tripode ita profatur. *E quanto aos prazos que forem feitos de beēs da coroa do Reino, em pessoas, se guardarà o que temos dito neste titulo, no foro das pessoas particulares.* Id est, *quantum autem ad emphyteuses concessas ex bonis regiæ Coronæ, obseruabitur, quod diximus in emphyteusi personarum priuatarum.* Concordat Ordinatio, *lib. 2. tit. 17. §. 6.* Notabilis est huius legis decisio, per quam, quæ hactenus diximus, amplificantur, ac procedunt etiam in emphyteusi bonorum Regiæ coronæ, seu a Principe concessa, vel ab inferioribus, qui ab eo caussam habent, quales sunt Duces, Marchiones, Comites, Vicecomites, Barones, & reliqui terrarum domini. Ab his enim factæ concessiones emphyteuticæ, quia Cæsaris nomine fiunt (concedētis iure dumtaxat durante, vt probat Ordinatio *lib. 2. tit. 17. §. 22.*) per hanc legem a priuatorum concessionibus regulandæ sunt, & ad earum instar censendæ. Quod sane intelligendum est in emphyteusi concessa, pro eo qui nominabitur, iuxta huius legis dispositionem ad quam hic §. se refert ibi, *o que temos dito neste titulo*, id est. *quod diximus ex hoc titulo.* Quamobrem, cōtrarium obseruandum est, si emphyteusis fuit in perpetuum concessa, scilicet, *pro eo*, qui accepit, *& successoribus suis quibuscunque.* Cuius natura, a superiore longe differt. Etenim, hæc concessio cēsuali contractui similis est, per quem accipiens dominium directum consequitur, sub ea tantum obligatione annui census præstādi. Horum bonorum maximam copiam, habet horum Regnorum Regia corona quæ vulgus, *herdades foreiras*, id est, *fundos patrimoniales seu iuris emphyteutici*, appellat, *com obrigação de foro cerrado*, id est, *censu qui nec potest augeri, nec minui:* horum vt nihil ignores, nulla reperitur antiqua concessio, qua dominus Rex suam fundare caussam valeat, excepta illa antiquissima possessione, exigēdi annuum censum, a terrarum possessoribus, & earum cultoribus (quas vulgus *Reguengos* vocat, & eorū possessores *Reguengueiros*,) ex eo quod domino Regi sunt obnoxii, & illum prædicto censu annuo recognoscunt. Conueniunt enim rebus nomina sæpe suis, hi enim personaliter, in his terris commorari compellebantur, *Ordi. lib. 2. titu. 7. §. 2. post prin.* vt domino Regi salua, semper maneret dicta annua præstatio cēsus, qua ratione contemni istæ terræ solebant, & earū possessores honestis nuptiis indigni reputabantur: propter illam seruitutis speciem, qua adstringebantur. At hodie crescente Republica, & hominibus repleta terra, nulla bona, maiori in precio habentur, quam ista, propter exiguam nimis pēsionem, quam soluunt. Habet vnaquæque terra suum particularem librum censualem, seu æstimi vulgo vocant *Foral*, in quo omnia bona ad Regiam coronam spectantia, descripta reperiuntur, censu

censu ex singulis soluendo nominatim expresso, & declarato, diligentia & industria, Christianissimi Regis Emanuelis, cuius mandato, conscriptum fuit hoc opus memorabile, & Regia Maiestate dignum, quo extinctæ innumerabiles lites, & iudiciaria iurgia, contentionesque, quibus vniuersa fere respublica perturbabatur, sopita sunt, ac conquieuerunt. Hæc bona passim ad instar censualium, & allodialium, inter virum, & vxorem communicantur, inter filiosque, pro æquali portione diuiduntur, ex eisdem parentes, tertiam deducunt, plerunque tamen illa filiorum. primus ætate senior, solus consequitur per æstimationem, collatione facta, secundum regionis vsum, & consuetudinem, quam attendere necesse est.

2 Ex † eo igitur, quod lex hæc Regia probat, emphyteusim Regalem, hoc est, a Rege concessam, quod ad successionem attinet, regulandam esse, ab emphyteusi priuata, id est, ab homine priuato concessa, vtiliter infertur, decedentibus bello, naufragio, aut simili instanti periculo, patre, & filio primogenito, emphyteusim concedendam esse secundogenito, vel etiam filiæ, non nepoti, ex primogenito suscepto, per regulam §. 3. *supra hoc titulo.* Cessat enim, hoc casu iuris illa præsumptio, quæ habet, eodem impetu, patre, & filio occumbentibus, filium patri superuixisse. Quæ quidem præsumptio solum procedit, & locum habet, cum agitur de verificanda legis dispositione, non hominis, *vt iam supra diximus, quæst. 16. num. 4.* Nec te moueat, principis contractum legis vim habere, *vt in l. Cæsar. 15. ff. de public. & in l. penultim. C. de donatio. inter vir. & vxor.* Quo argumento, videtur contrarium fore respondendum, quasi simus in casu, quo agitur de exequenda legis dispositione quoniam l. ista Regia, *in hoc. §. pen.* noluit id obseruari, sed magis statuit obseruandam esse regulam traditam in emphyteusi priuata, de qua *in §. 3. supra hoc tit.* quod adnotandum est.

3 Infertur † etiam huiusmodi emphyteusim, a domino Rege concessam, imputandam esse, ad instar & similitudinem emphyteusis priuatæ, *secundum ea quæ supra adnotauimus, quæst. 18.* non obstante dispositione *l. cum multa, C. de bonis quæ liberis.*

4 Ex † quibus etiam vtiliter infertur, ad huiusmodi bona in emphyteusim a domino Rege cōcessa, minime posse nominati clericū, vel quamuis aliam personam religiosam, a temporali iurisdictione exemptam, quam similiter non posse nominari ad emphyteusim priuatam, infra tractabimus *in Rubrica tituli sequentis, quæst. 1. numer. 2.* Quæ sane resolutio, hisce bonis a corona Regia procedentibus, commode potest applicari, per l. Reg. *lib. 2. tit. 7. post princ.* vbi postquam interdictum est, ne quomodo bona Regalia, seu Reguenga, peruenire possint ad personas ecclesiasticas, earumque dominium, potestatem, seu possessionem, vt ex illis verbis plane deducitur, *Pelos Reis nossos antecessores foi ordenado, que ordens, nem mosteiros, nem bispos, nem outras pessoas ecclesiasticas, ou religiosas, não comprassem, nem pessuissem beēs alguūs, &c.* id est *per reges antecessores nostros, fuit statutum, ne religiosi, monasteria, aut episcopi, aut aliæ personæ ecclesiasticæ, emerent aut possiderent aliqua bona.* Subiiciuntur hæc verba, ad propositum nostrum maxime condicentia, *Achamos que a rezão em que os ditos Reis se fundarão, foy porque auendo as ditas pessoas ecclesiasticas, & religiosas os ditos beēs nos Reguengos, era causa de as rendas delles se diminuirem, & quando per nossas justiças erão requeridos pera o pagamento dos foros & tributos, que dos ditos Reguengos nos erão deuidos, declinauão nossa jurisdição, em maneira que os nossos officiaes os não podião arrecadar nossos dereitos, & rendas, senão com demandas & delongas: o que todo por nos considerado, poemos por ley, que as taes pessoas ecclesiasticas não possam comprar, nem por titulo algum outro acquirir nenhūs beēs, nos nossos Reguengos, & se algūa pessoa a cadahum dos sobreditos vender os ditos beēs, ou per qual quer outro modo, em elles passar, tal contracto, & qualquer outra traspassação, seja nenhūa, & de nenhum effecto, nem vigor, & por esse mesmo feito os ditos beēs se percão pera nos, & nunca os mais aja aquelle, que tal traspassação fizer, nem seus herdeiros nem successores. Però se ás ditas pessoas ecclesiasticas, ou religiosas, alguūs dos ditos beēs vierem, por legitima successam de seus padres, ou madres, ou outros parentes, a que per direito possam, & deuão socceder, queremos que elles os possam socceder, & auer, com tanto, que do dia que em taes beēs soccederem ate hum anno, os vendão, ou traspassem a pessoas leigas da nossa jurisdição, que a nos paguem nossos direitos & rendas des ditos Reguengos, & non o fazendo assi, por esse mesmo feito, os ditos beēs se percão pera nos, & os nossos Almoxarifes tomem logo posse delles pera nos.* Id est, *Inuenimus rationem, qua Reges se fundarunt, eam fuisse, quoniam habentes prædictæ personæ ecclesiasticæ, & religiosæ prædicta bona, in terris Regiæ Coronæ, caussam præstabant diminuendi earum reditus; tum etiam quia quando per nostros officiarios iustitiæ, requirebantur vt soluerent pensionem & tributa, quæ ex prædictis bonis Regalibus dependebantur, nostram iurisdictionem declinabant, ita vt nostris officialibus impossibilis esset exactio nostrorum iurium, & redituum, nisi per lites, & dilationes. Quamobrem id considerantes legem sancimus stabilem, quod huiusmodi personæ ecclesiasticæ, non possint emere, vel aliquo titulo acquirere illa bona, in nostris terris Regalibus. Quod si aliquis, aut quilibet ex supradictis vendiderit prædicta bona, aut quouis alio modo, in illas transtulerit talis cōtractus, & qualibet alia translatio, sit nulla, & nullius effectus, & vigoris, & ipso facto prædicta bona, iure commissi ad nos deuoluātur, nec is, qui huiusmodi translationē fecerit ea amplius recuperare possit, neq; eius heredes, nec successores. Sed si ad prædictas personas ecclesiasticas, aut religiosas aliqua bona peruenerint ex legitima parentum successione, aut aliorum cognatorū seu cōsanguineorum, quorum successio eis a iure deferatur, volumus quod legitimam successionem obtinere & consequi possint, dum modo ex die debita huiusmodi bonorū successionis intra annum, ea vendant & transferant, in personas laicas nostræ iurisdictionis, qui nobis prædictorum bonorum regalium, nostra iura & reditus exoluant. Quod nisi ita faciant ipso facto prædicta bona, ad nos iure commissi deuoluantur: & nostri exactores, seu exquæstores, nobis, eorum possessionem ingrediantur & apprehendant.* Vides qualiter ea p[...]issima ratione lex Regia negat posse bona ista, ad personas ecclesiasticas peruenire, ne difficilis propter fori priuilegium, & exemptionem fiat pensionis exactio. quæ ratio vtique in bonis emphyteuticis militat, & procedit, siquidem pro illis solui annua pensio debet, *vt iam supra suo loco adnotauimus.* Quocirca in illis eadem debet iuris dispositio constitui. Est enim finalis ratio, cuiusque dispositionis anima, per quam regulatur, ampliatur, & quandoque imitatur dispositum, *Bart. in l. cum mulier, nu. 1. & ibi Alexa.*

nu.3.ff.solut.matr. Iaf.in l.de quibus,num.5.ff.de legibus,& plenius,consil.42.col.1. & cons.63.col.3. versi. Paris.consi. 72.num.87.lib.4.Menoch.consil.30.num. 4. vol.1.cum seq. quæ traditio etiam, in pœnalibus & odiosis obtinet, quando ratio in lege est expressa, *Dd. maxime Iaf.in authen.quas actiones,C.de sacrosanct.eccles. Crotus, in l.si constante,ff.solut.matr.nu.50.* Quamobrem,etsi dicta l. Regia pœnalis sit, & odiosa, & in ea specie loquatur,in qua dominus Rex solum habet super bonis alienatis,(quæ *Reguenga* dicũtur) ius quoddam incorporale,exigendi certum tributum, seu annuam pensionem,non dominium aliquod vtile, aut directum, quod in præfatis bonis scimus esse, & manere penes ipsos eorundem bonorum possessores, vt resoluemus *in tract.de acquis.emphyt.* nihilominus extendi necessario debet, ad bona in emphyteusim a domino Rege cõcessa, sub certo annuo canone persoluendo,cuius sane exactio difficilior erit, si emphyteusis ad clericũ, seu personam aliquam ecclesiasticam peruenerit, ex ratione in d.l.Regia,expressa ibi: *Achamos que a rezão em que se fundarão, foi porque era causa de as rendas se diminuirem,por declinarẽ a jurisdição, &c.* Id enim operatur in lege expressa ratio,quod dicitur comprehendi omnis casus, in quo illa ratio expressa militat, vi magis comprehensiua, quam extensiua, *Paris.lib.3.consi.16.num.24.vol.3. & consil.43.num.20. eod.vol.*

5 Nec † me mouet in oppositum, si dixeris,inter ista bona Reguenga, & emphyteutica maximam considerari posse differẽtiæ rationem, si consideres, quod illa perpetuo sunt penes possessorem clericum permansura, quia vtrunque ille habet dominium, directum nempe, & vtile, qua ratione, ne perpetuo tributorum Regalium exactores vexentur, legislatori iustum visum fuit, ne quo modo ad exemptos,illa bona perueniant interdicere, & vetare, siquidem nullo alio modo declinari dicta difficultas, & vexatio potuit, cuius quidem cõtrarium in bonis emphyteuticis obtinet, quibus commissi remedio tributorum, exactoribus, per quam belle prouisum est. Scimus enim, emphyteutam non soluẽtem pensionem, per triennium incidere incommissum, seu priuationem iuris emphyteutici, secundum quod habetur *in l. 2.C.de emphyt.* & dicemus *infra titu. 65.* Quam quidem caducitatem, vt euitent clerici emphyteutæ vltro præscriptam pensionem offerre, & soluere consueuerunt, exactionem minime expectantes. quo sane modo videtur hoc casu Regiis exactoribus prouisum, quare ad hunc casum tanquam differentem, & in quo d. l. ratio cessat, extendi illius dispositio, nullo modo potest,secundum cõmunes traditiones,in locis supra citatis. Quo argumento aliquando vidi in supremo supplicationis Senatu, aduersus Regium procuratorem conclusum, d.legem Regiam, *lib.2.titu.7.* in bonis emphyteuticis limitandam fore,ad quæ (vt Senatores illi integerrimi asserebant) nominari clericus recte potest,non minus quam si a priuato concessa emphyteusis fuisset, secũdum quam debet Regia emphyteusis censeri, vt nominatim cauetur, *lib.4.tit.62.§.pen.& lib.2. tit.17.§.6.*

6 Quorum † sententiã, ego minime probo, quia vt diximus, & infra *in rubr.tit.seq.* obseruabimus ad emphyteusim priuatam nominari clericus, aut quilibet alius exemptus a temporali iurisdictione non potest, quia eo ipso potentior est laico. Quãobrem, ne deterioris conditionis sit Regia concessio, vtiq; respondendum est ad eam nominari exemptos non posse.

Cumque † aduocatus essem, post longam disputationem, id tantum obtinui compelli posse clericum ad huiusmodi emphyteusim nominatum, vt infra annum emphyteusim dimitteret, & in laicum transferret, quemadmodum teneretur, si bona Regalia, id est, *Reguenga*, ex parentum successione haberet, vt in d. l. Regia, cauetur, ibi: *Pero se às ditas pessoas ecclesiasticas alguns beẽs vierem per legitima soccessam, &c.* id est, *Sin autem ad prædictas personas ecclesiasticas peruenerint aliqua bona ex legitima successione.* Intellexere enim illi patres emphyteuticæ nominationis, penitus incapacem sacerdotem dici nõ posse, sed ita demum, *si domino placuerit*, quemadmodũ, & in commissis obseruatur. Qua ratione, quemadmodum in casu d.l. Regiæ, infra annum huiusmodi bona, *Reguenga*, exemptus in laicum transferre tenetur, quia per viam successionis prorsus incapax ille non est, ita vbi ad emphyteusim nominatus ille est, infra annum computandum a die, quo cum effectu monitus est, vt illa dimittat, in laicum trãsferre necesse habet, quod nisi fecerit vtile dominium, cum directo consolidabitur, vt in d.l. Regia, *tit.7.lib.2.ad fin.princ.* probatur, ibi: *& non a fazendo assi, per esse mesmo feito os ditos beẽs se perção pera nos*, id est. *quod si ita nõ faciant, ipso facto prædicta bona iure commissi ad nos deuoluantur*, secundum quem sensum, d.l. Regiæ rigor, quatenus in priori casu, bona *Reguenga*, coronę Regiæ applicat, simulac exemptæ personæ sunt concessa, minime ad emphyteusim extendi valet, quæ æqua sententia, & modificatio est. 7

8 Ceterum † ex præfatis patribus, nonnulli firmo, vt aiunt, pede tenuere, nominari ad emphyteusim Regiam libere clericum, & quemuis alium exemptum posse, neque ad dimittẽdam emphyteusim, infra annum compelli posse, ex rationibus supra allatis. Intelligebãt enim patres amplissimi, solam ecclesiam reperiri prohibitam, nominari posse ad emphyteusim, quia deficere nunquam potest, quod etsi aliquibus placuerit iuris nostri auctoribus, verum non est, *vt in d. Rubr.tit. seq.dicemus.*

9 Verum † ne quis opinetur me eam nostri ordinis rationem, & argumentũ approbare existimãtis, succursum satis esse Regiis exactoribus, per commissi pœnam incurrendam a sacerdote nominato, pensionem non soluente, id vnum a me breuiter adnotandum est, non semper directo domino, Regiisque exactoribus conuenire vti iure commissi. qua ratione, illius incursio, semper commissa est domini directi arbitrio, & voluntati, si emphyteutam cadere a iure emphyteutico ille velit, *vt in l.2. & 3.C.de iur.emph.omnes probãt, & nos infra suo loco tractabimus.* Quo etiam fit, vt non obstante hoc remedio commissi, necessarius sit, cum res emphyteutica venditur, domini directi consensus, vt ille aduersus emptorem possit, ad præscriptam pensionem persoluendam agere, quod ita statutum est, quia intellexere maiores nostri, tutum non esse remedium commissi, neque per illud plane dici potest domino directo proui-

prouisum, si malit sibi pensionem solui, quam rem ipsam dimitti.

10 Ex † quibus simpliciter defendi non potest, quod a Senatu aliquando decisum fuit, filiū emphyteusim Regiæ coronæ a clerico nominato vindicare posse, quasi ad se pertinētem, per regulam. *§.3.supra hoc tit.aut §.1.* Intelligebat enim, paria, esse patrem non nominare quempiam, aut inutilem, & prorsus incapacem, qualem esse clericum, nonnulli contendebāt. Quoniam, *vt supra resoluimus*, clericus omnino est incapax emphyteuticæ cōcessionis, sed ita demum, si domino placuerit, quapropter nisi dominus repugnet, retinere emphyteusim potest, *vt nos iam supra fusius exornauimus, q.10.nu.1.cum seq.* ❧ Sequitur §.6.

11 Notabilis † est inprimis huius §. fi. decisio, in quo legislator mutat casum, hactenus tractatum, *E filhando algum homem hum foro pera si, & seus herdeiros, & successores, em tal caso per sua morte passa est foro a dotos seus herdeiros, & se guardarà acerca da partição, o que diremos no titulo de como se hão de fazer as partições.* Id est, *si aliquis acceperit aliquam emphyteusim sibi, & suis hæredibus, & successoribus, eo casu, per eius mortem, emphyteusis ad omnes eius hæredes transit, & circa diuisionem obseruabitur, quod dicemus in titulo, quomodo hæreditas sit diuidenda.* Iam supra enim adnotauimus hanc legem Regiam in prin. loqui, in cōcessione facta, *pro eo, qui nominabitur*, & sic in fauorem vnius dumtaxat, quo themate retento *in §.1.2.3. & 4.* salubriter sanxit emphyteusim, penes vnum dumtaxat manere, non plures. In hoc vero §. fi. mutatur species concessionis. Ponitur enim casus hic, in quo emphyteusis fuit concessa *pro hæredibus, & successoribus*, & sic species, in qua dominus voluit pluribus prouidere, non vni tantum, vt in casu superiore. Quamobrem, diuersa hæc emphyteusis cōcessio, diuerso iure admodū censenda est. Constat enim, hanc concessionem, *pro hæredibus, & successoribus* factam, hæreditariam esse, & hæreditariam reddere emphyteusim, *vt tradit Alex. consi.10. col.4. lib.3. & consi.55. eod. lib. Paris. lib.1. consi.4. nu.27. & consi.2. num. 17. eod. lib. Bursa. consi.92. nu.31. vol.1. Viuius, lib. opin. commun. verbo, feudum, pag. 41.* resoluens proinde oportere successorem esse hæredem, vt capere huiusmodi feudum, seu emphyteusim, sub ea forma concessam possit, vt concludit Alexan. *in d. consi.10. & consi.19. col. fin. & consi.28. col. pen. lib. 5. Decius, consi. 295. Aymon, consi.197. nu.5. Paris. in d. consi.4. num.28. lib. 1. & consi.1. nu.6. eod. lib. Afflict. q.140. & 240. tradit Minsing. lib. decis. Cameræ imperialis, cent.4. q.2.* ad legatarium etiam transit huiusmodi concessio pro hæredibus, *secundum Iaso. consi.92. num.4. in fi. vol.1. sequitur Peralta, in Rubr. ff. de hæred. instit. nu.58.*

12 Et † quod hæc traditio vera sit, in casu l. nostræ, & sic quando concessio fuit facta pro hæredibus, & successoribus, indubitatum redditur, si horum verborum rectum, & genuinum sensum, apprehendamus. Clarum est enim, quod illa vox *Hæredibus*, respicit eos, qui nobis de iure ciuili succedunt: illa vero vox *Successoribus*, eos respicit, qui de iure prætorio, nobis hæredes fiunt, vt est text. iuncta glo. *in l. stipulatio ista, in princ. ff. de verborum obligat. verbo, ceterorum, notat Imola, in l. quod dicitur, ff. eod. tit. num.14. Socin. lib.1. consi.150. num.23. & consil.257. num. 3. lib.2. Decius, 208. nu.6. Bertrand. lib.2. consi.164. nu.2. Socinus nepos, consi.9. post nu.9. lib.1. & Rubeus, consi.84. nu.1. & 2. Roland. lib.1. consil.96. num.5. cum seq. Benincas. in §. omnium, de actio. nu.56. Rolandus etiam, consi.23. nu. 50. vol.1.* Secundum quem sensum, intrepide respondendum est, quod sub hac forma acquirens emphyteusim procurauit prouidere suis hæredibus, siue de iure ciuili succedant, siue etiam prætorio, quando emphyteusim pro hæredibus, & successoribus fuit stipulatus, vt nominatim declarat Silua. *consi.30. nu.10. versi. præmitto*, vbi hāc quęstionem in feudo concesso, pro hæredibus, & successoribus masculis, tractat, & postquam septem argumentis conatus est ostendere hæreditarium non esse, propter feudi naturam, quę agnationem respicit *d. nu.10. cum seq.* oppositum conatur defendere ex verborum proprietate, a qua neutiquam recedendum est, *l. non aliter, ff. de legatis 3.* Erit itaque (inquit) in ea forma concessum feudum hæreditarium, lineam tantum masculinam respiciens, quare illud petens hæres esse debet, & masculus, *Bart. & Dd. in l. Gallus, §. etiam si a parente, ff. de liber. & posthum. vbi late Alexan. 4. & 5. col. idem Bart. Imola, & Paulus, in l. ex facto, §. fin. ff. ad Trebell. Alexand. consi. 27. col.2. lib.5. & consi.28. in fin. eod. lib. qui consi.10. lib.3.* hanc testatur esse communem, & post eum Silua. *d. consi. 30. post nu.11. ante versi. quinimo, vbi etiam citat Curt. Iun. consi.1. col.3. versic. secundum, & consi.155. per totum rursus, & 138. nu.14. Paris. consi.23. num.163. & 167. lib.1. Afflict. q. 140. & 240. num. & 195. col. fi. versi. non obstat*, vbi etiam hanc esse communem testatur.

Nec † hoc mirum, si consideres, quod simplex 13 concessio, pro hæredibus facta dicitur hæreditaria, vt nominatim in feudo, voluit Isernia, *in c.1. in princ. an agna. Alexan. consi.51. col.4. lib.1. & consi.19. col.1. lib.5. Bossius de principe, num.306. versi. sed quando, Socinus nepos, lib.4. consi.79. num.17. & lib.1. consi.72. num.2. & 3. Decius, consi. 195. num. 4.* vbi idem probat, maxime procedere quando fuit facta concessio pro omnibus hæredibus, vel quibuscunque hæredibus, *ex Bald. in l. cum virum, col. fi. C. de fideicomm. & in l.1. q.34. ff. de rerum diuis.* quod indubitatum esse probat Siluan. *in d. consi.30. nu.26.* Imo hæc concessio est vere hæreditaria, *secundum Soci. nepo. lib.1. consi.72. num.22. Peralt. in Rub. ff. de hæred. instit. nu.55.*

Nec † mirum, siquidem emphyteusis simpliciter stipulata & concessa, intelligitur pro hæredibus, licet hęredum nulla fiat mentio, vt adnotauit in feudis glo.2. *in c.1. quibus mod. feud. consti. potest, vbi Bald. nu.4.* eam traditionem ad emphyteusim extendit, & Hippoly *sing.160. in fi. Balb. de præscrip. 1. par. 3. par. q.10. num.35. Bossius de principe, num.309.* Omnis enim nostra actio, in hæredum fauorem dicitur directa, *vt habetur in l. si pactum, 9. ff. de proba.* vbi Celsus vtiliter dubitauit, an pactum simpliciter initū, hæredibus prodesse debeat, an vero cum persona paciscentis extinguatur, & respondet, hæredibus prodesse quia inquit: *Plerunq; tam hæredibus nostris, quam nobismet ipsis cauemus.* Qua ratione, quod *d. gl. 2.* in feudo probauit, simpliciter concessum, hæreditarium esse, quasi pro hæredibus concessum, vtique ex ratione Iurisconsulti *in d. l. si pactum*, ad emphyteusim trahi debet, ex supra scriptorum auctorum auctoritate, & Imolæ firmantis communem, loco a Corneo citato, *in consi.281. lib.3. nu. 10. ad finem.* 14

Et † hanc fouet sententiam Iaso. *in l.2. C. de iure emphyt. nu.150.* resoluens, ius emphyteuticum esse, 15

quid hęreditarium, *vt ibi est videre, vers. limita.* Quocirca, recte interpretes nostri resoluunt, simpliciter concessam emphyteusim hęredibus prodesse, quasi pro illis stipulatam, vt post alios Siluanus probat, *consi.30.nu.14.cum seq.* Hæc tamen resolutio est nimis dubia, *secundum gloss. Par.5.titu.8.l.25.verbo, O seu herederos, vers. sed quid si, fol.50.col.1.* Quam vide, quia hic dicta ad profanam tantum emphyteusim restringit, quia ecclesia † tertiam generationē non excedit. Quamobrem, hæc resolutio, in emphyteusi profana probabilis est, quia illius natura ea est, vt hæreditaria sit, quia semper videtur stipulata pro filiis, vt hæredibus, vt voluit Barto. communiter receptus *in l. quod dicitur. ff. de verborum obligat. Alex. lib.5. consil.129. num.2. Corne. lib.3. cons.282. sub num.10. Alcia. reg.1. præsumptio.31. Ancharr. consi.319. Valascus, de iure emphyt. q.49. nu.2. versi. porro, & post nu. 6. versi. in secuları vero.* Quod ibidem probat, *quæst. 50. nu.5. versi. in emphyteusi.* Qua ratione, in iudicio familiæ hercisc. continetur, *l. item prædia, ff. familiæ hercisc.* ad instar aliorum bonorum patrimonialiū, *vt ibi habetur & tradit Galeaula, in l. Gallus. §. quidam recte, ff. de liber. & posthum. nu.31. & ibi Rubeus 149.* qui *nu.135.* proinde resoluit huiusmodi emphyteusim admittere repręsentationē, de qua in *§. cum filius, instit. de hæred. quæ ab intestato defer. tradit Alex. cons.129. col. fin. lib.5. & Plumbi. cons.5. Corn. consi.24. col. fin. lib.2. Tiraq. lib. de Primogen. q.40. nu.21. Valascus, de iure emph. q.50. num.5.*

16 (margin number at "sim restringit")

17 Quæ † vtilis est profecto resolutio pro limitatione *§.3. sup. hoc tit.* quatenus negat nepotem, excludere patruum posse, vt solum procedat in emphyteusi concessa, pro eo qui nominabitur, quam patruus nullo nominato, ab intestato succedens, excluso nepote, ex primogenito filio, nato consequitur, quia hæreditaria non est, nec repræsentationem patitur, cuius oppositum sane obtinebit in emphyteusi hæreditaria, de qua agimus, quam solus obtinebit nepos, ex primogenito susceptus, si ea conditione fuit concessa, vt ad vnum tantum peruenire posset, aliter is suam partem, pro hæreditaria portione obtinebit, *per d. §. cum filius.* Porro, hac in re ego intelligo, hæreditariam emphyteusim non esse, pro filio nominando concessam, vt nominatim noster Valascus probat, *in tracta. de iure emphyt. quæst.50. num.5. in fin.* qui licet loquatur in concessione præfata, pro eo qui nominabitur, iuxta formam, *d. §.3. iuncto princ. huius tituli*, ego existimo idem fore, & esse obseruandum in emphyteusi, pro filio nominando concessa, quæ mihi nullatenus hæreditaria esse persuadetur, ex reg. *lib.4. titu.77. §.32.* vbi nominatim ponitur casus, in quo fuit emphyteusis concessa, pro filio nominando, ibi: *Ou pera elle & sua molher & hum filho que dantre elles nacer, ou o que derradeiro delles nomeer*, & nihilominus respondetur, quod nominatus filius huiusmodi emphyteusim imputare non tenetur.

18 In † quo plane præsupponitur, hæreditariam non esse, quoniam hanc imputare necesse habet, ex Baldi sententia, *in l. omnimodo. §. imputari. C. de inoffic. testam.* Omnia enim, quæ filius vt hæres obtinet, imputare debet ex regu. *l. quoniam nouella, C. eod. tit.* quo argumento, post Ripam, *in l. in quartam, ff. ad l. Falcid. nu.177. & 180.* hoc ita resoluit Valascus, *de iure emphyt. q.46. col.2.* vbi prope fin. *versi. ceterum,* id etiam ex *d. §.32.* deducere recte visus est. Licet incaute citet text. *in §.31.* quem excusare minime possum, etsi intelligam voluisse cōputare a principio, quasi illud, inter §§. connumerandum sit, ductus, forte exemplo Eduardi Nunii, qui in Repertorio ll. Regiarum ab eo edito, ea computatione vsus est, non aduertens, id refragari iuris regulis, & communi doctorum sensui, qui cum passim citant Imperatoris responsa, & constitutiones, *in lib. institutionum & authēticorum*, deniq; & leges, *ff. & C.* §§. distinctas, principium cuiusque legis, aut tituli, tanquam quid, a §§. segregatum, & prorsus alienum referunt, intelligentes principium inter §§. connumerandum non esse, sed magis ab ipsis distinguendum, quemadmodum & caput a membris, & stipes a descendētibus. Dempto enim parente, id est, stipite, dicimus filium primum obtinere successionis locum, seu gradum, nepotem secundum, & sic deinceps. Sic dempto principio incipit primus, §. Quod, & idē Valascus fatetur, *quæst.50. num.5. in fin.* vbi vt distingueret. §. *E finandose*, a princ. huius tit. 62. sic ait: *Sic plane repræsentationem excludere videtur constitutio Regia, lib.4. tit.62. §.* E finandose, *iuncto princ. illius titu. 62.* Cauendum est igitur, ab ea computatione confusionem plerunque inducente, quamuis idem aliquando obseruasse doctissimum Pinellum, eius scripta demonstrent. Non est itaq; hæreditaria emphyteusis, *pro eo, qui nominabitur*, aut *pro filio nominando* concessa, per supra scripta, quæ est ratio, propter quam *in §.3. huius tit.* patruus excludit nepotem ex primogenito natum.

Imo † illud aduerto, in his Regnis emphyteusim profanam *pro filiis* concessam, hæreditariam non esse, quod plane deducitur ex *d. §.32. tit.77. lib. 4.* quatenus hac in re nullam prorsus differentiam constituit inter emphyteusim, *pro filiis*, & *pro filio nominando* concessam: vtroque namq; casu negat filium emphyteusim obtinentem imputationis, onere prægrauandum fore. Qua ratione, *vt supra diximus*, neutro casu, emphyteusis hæreditaria cēseri debet. Siquidem hæc necessario imputanda est, vt resolnit Calcan. *consi.17. ante num.19. Alexa. lib. 5. consi.27. num.6. & lib.3. consi.8. num.6. & ibi addi.* concordat Fabia. *in authen. nouissima, C. de inoffic. testam. nu.114. Mencha. lib. de success. crea. §. fin. n.234. Ias. in auth. vnde si parens, nu.8. C. de inoffic. testam. & in l. si non sortē, §. libertus, nu.35. ff. de condit. indeb. rursus, & in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de liber. & posthum. num.44. Afflict. in c. imperialem, §. præterea, de prohib. feudi aliena. per Federi. a num.35.* 19

Ex † quibus, sine dubio resoluendum est in his Regnis, emphyteusim etiam profanam ab homine priuato concessam *pro filiis* acquirentis, hæreditariam non esse. *Octauia. decis. Pedemonta. 161. nu.1.* in feudo tamen hanc sententiam pro indubitata probat Socin. nepos, *consi.72. num.23. lib.1.* Aliter enim lex illa Regia imputationem non negasset, quod sane plurimum adnotandum est, quoniam vidimus aliquando grauissimos viros contrarium existimantes, ex regula a nobis iam supra tradita, & a Valasco sæpius confirmata, quod emphyteusis secularis, hæreditaria reputatur, & proinde, nisi filius hæres sit, illam non obtinebit, *vt tradit Valascus, quæst.44. num.6.* Quæ sane traditio, in his Regnis admitti nō potest, *per text. in d. §.32. lib.2. tit. 77.* Quam 20

77. Quam ad id non adduxisse Valascum satis demiror, qui magis cõmnnem sensum viderur probasse, quatenus absque vlla distinctione, emphyteusim temporalem hæreditariam esse resoluit. Nec dixeris dispositionem, d. §. 32. ecclesiasticam emphyteusim tantum respicere, quoniam id d. l. generalitas excludit, & principis potestas non admittit, quæ od emphyteusim ecclesiasticam, regulariter non potngitur, ex adnotatis in cap. ecclesia, S. M. de constitatio. Imo, si bene consideres, hęc resolutio, etiam de iure communi ohseruanda est ex Couarr. lib. 2. resolut. c. 18. nu. 3. versi. quinta conclusio, resoluente emphyteusim pro filiis concessam, etiam prosanam, hæreditariam non esse.

21 Ex † quibus in his Regnis, quantum ego iudicare possum, ea dumtaxat emphyteusis hæreditaria censeri debet, quæ pro hæredibus concessa fuerit, iuxta formam huius §. & hoc lib. 4. tit. 77. §. pen. ibi, E os aforamentos perpetuos que algũas pessoas tomarem pera si, & seus herdeiros, & successores, &c. tradit Bursa consi. 92. num. 13. vol. 1. Omnia enim, quæ pro hæredibus acquiruntur, hæreditaria indicantur, vt probat Iurisconsultus, in l. 5. ff. de religio. & sumpt. funer. in hęc verba: Familiaria sepulchra dicuntur, quæ quis sibi familiaeque suæ constituit, hæreditaria autem, quæ quis sibi hæredibusque suis constituit. Ecce qualiter constituta pro hæredibus, hæreditaria sunt, familiaria vero, quæ pro familia, & sic pro agnatis citra ius, & nomen hæredis. Quocirca recte quidem Bald. in l. cum virum, num. 21. C. de fideicommissis. feudum non hæreditarium (quod ex pacto, & prouidentia nostri interpretes, appellant magistraliter, magis quam iuridice loquentes) familiare dicitur, quasi familiæ & agnationi quæsitum, & concessum, quæ proprior locutio est, eamque post Socin. nepotem, in consi. 114. num. 10. lib. 2. & Ias. in prælud. feudo. num. 128. probat, Pinellus, in l. 1. C. de bonis mat. 3. p. sub nu. 84. versi. apud quos omnes, citans text. in d. l. 5. ad hoc notabilem.

22 Familiare † itaque feudum illud est, & emphyteusis, quæ pro filiis descendentibus, aut liberis concessa est, semota voce Hæredibus, & propterea hanc emphyteusim filius capere recte potest, & hæreditatem repudiare, vt voluit gloss. in cap. 1. an agna. intelligens text. ibi qui oppositum, in feudo probat, quod tanquam irregulare, & a iuris communis regulis alienum, ad emphyteusim trahi non potest, & est communis resolutio, teste Afflict. ibi, num. 57. ex Bart. in l. quod dicitur, ff. de verbo. & in l. vt iurisiurandi, §. si liberi, ff. de oper. liber. num. 4. Alex. etiam & Iaso. na. 19. in d. l. quod dicitur, & Couarr. lib. 2. resolut. c. 18. nu. 4. versi. septimo. Quorum sententiam probat Pinellus, in d. l. 1. C. de bon. mat. 3. par. nu. 85. ante versi. sed cum, & seq. concordat Iulius Clarus, lib. 4. sentent. q. 16. col. 2. versi. emphyteusis non hæreditaria est, & q. 37. verbo emphyteusis, vbi hãc firmat esse communem scribentium resolutionem, ex Alex. Iaso Ruino, Curtio, & aliis citatis in d. q. 37. col. 2. in prin. versi. tu dic, & concordat Couarr. lib. 2. resol. c. 18. nu. 2. versi. quinta conclusio.

23 Quod † verum intellige, siue profana, siue ecclesiastica sit emphytensis. Vtraque enim familiaris est, non hæreditaria, teste Iulio Claro, d. quæst. 37. Couarr. lib. 2. resolut. c. 18. nu. 2. conclus. 5. & probat l. Regia, lib. 4. tit. 76. §. fin. hanc negans communicabilẽ esse, & ex his quæ ibi adnotauimus, comprobatur in his Regnis obseruandum esse, quorũ sententiam vtiq; fouent hi, qui non obstãte dispositione tex. in d. c. 1. an agna. resoluunt feudum pro liberis concessum, retineri recte posse, ab eo qui hæreditatem repudiauit, quoniam ea etiam concessio hæreditaria non est, vt per Bald. in d. c. 1. an agna. nu. 8. Aluar. nu. 9. Prepos. 6. limita. 6. Ias. in l. quod dicitur, num. 33. ff. de verbor. oblig. firmans hanc, tam in feudis, quam in emphyteusi, communem & obseruãdam sententiam esse, sequantur Calcan. Silua. Rubeus, Curtius, Brun. Paris. Bello. & plures alij, quorum meminit Pinellus, d. 3. p. l. 1. C. de bonis mat. num. 85. versi. sed cum. Ea enim, quæ vt liberis acquiruntur, citra nomen hæredis quæsita videntur. l. 3. vbi Bart. ff. de interdict. & releg. l. quodcunque. 45. §. si quis ita, ff. de verborum obligat. ibi: Licet hæres non existat, & notant Paulus, & alii recentiores, & in l. post mortem. 71. ff. de leg. 1. ibi, An patri hæres extiterit, nec ne, vbi etiam Paul. num. 3. id nominatim probat, in ecclesiastica emphyteusi. Idẽ tradunt Valas. de iure emphyt. quæst. 44. num. 6. versi. si vero, Iulius Clarus, verbo, emphyteusis, q. 16. in fi. Alexa. lib. 4. consi. 106. num. 8. Gratus consi. 22. num. 9. lib. 1. cum aliis quos refert Bursatus, consi. 92. nu. 31. vbi tamen plures refert firmantes contrarium, imo quod debet filius hæres esse, qui petit emphyteusim ecclesiasticam, de quorum numero est Imola. in l. quod dicitur. ff. de verb. oblig. nu. 14. addit. Alex. cons. 129. lib. 5. Paris. lib. 4. cons. 48. nu. 10.

Ceterum, † vbi in concessione fit mentio hæ- 24
redum, vtpote quia concessum est feudum mihi, & hæredibus meis, vtiq; hæreditarium erit, illudque petens, nisi hæres sit, audiri non debet, Afflict. in d. c. t. nu. 1. de aliena. feu. pater. Lodofred. Ias. & alij, quorum meminit Pinellus, in d. 3. p. l. 1. C. de bonis mat. num. 85. versi. idem dicendum, & versi. maior, idem tradit Barb. lib. 3. cons. 89. & Molineus, consi. 50. num. 1. plures referens, qui hoc idem obseruandum probant in emphyteusi pro hæredibus concessa, etiamsi sit ecclesiastica, Valas. q. 44. nu. 11. cum seq. Quod tamen intelligi verum, quoad hoc, vt filii, & descendentes, illud capiant, si modo hæredes sint, quia non possunt hæreditatem repudiare, & feudum capere, c. filium, de capit. qui curi. vendi. cap. vni. an agna. quo respectu dicitur feudum hæreditarium, non quod proinde possit ad extraneos transira, sufficit tamen quod filius hæres sit in re certa, quia in veritate, huiusmodi feudum non est hæreditarium, vt tradit Zabarella, consi. 64. & Molin. consi. 50. na. 42. vbi resoluit, filium in re certa institutum, hoc feudum capere, quamuis filia, aut extraneus, vniuersaliter institutus hæres reperiatur. Citat Barto. in l. iusiurandum, §. si liberi. ff. de oper. lib. Alexan. consi. 19. na. 17. & consil. 22. num. 5. volum. 5. Paulum, in l. 1. C. de condit. inser. Imolam, consi. 69. in fin. Vnde, quamuis primogenitus instituatur in tota hæreditate, & secundogenitus, in vna vncia tantum, æqualiter inter eos erit feudum diuidendum, Bart. Alexan. & Iaso. in l. si non sortem. §. libertus, in fi. ff. de condit. indeb. Bald. in d. cap. 1. col. 3. an agnatus, Alexan. consi. 19. num. 17. volum. 5. Hinc etiam est, quod filius vniuersaliter institutus, non dicitur feudum ex patris testamento capere, sed magis ex concessione dominica, Bald. receptus, ibi, in cap. 1. col. 2. versic. quæro ergo, de success. feudi. Ex quibus, sane deducitur, illud feudum esse vere hæreditarium, quod iure poterit legari, & in extraneos alienari, Guido Papa, quæst. 59. & 133. & 230. & consi. 18. col. 2. versi. sed nulla, alios referens Molineus, consi. 50.

num.47. Aliter vbi ad extraneos feudum transire nequit, proprie hæreditarium dici non potest, nisi respectu supra scripto, quod nequit obtineri, repudiata hæreditare, *vt diximus, & tradit Molin.consi. 50.a nu.42. Mynsing.cent.4.obseru.2.*

25 Quod † tamen in feudis, quorum natura est descendẽtes respicere, restringi debet ad liberos, qui sub præfata forma, concessum feudum obtinebunt, non extranei, *Molin.cons.50.num.18.cum seq. Alex.in d.l.quod dicitur,ff.de verb.obligat.nu.26.versi.etsi bene,* qui loquitur generaliter in omni re, ad extraneos regulariter, non transitura, *sequitur Pinellus,d. num.85.versi.idem dicendum, in princ.* dummodo tamen hæredes sint, *vt ibi per eum & supra proxime resoluimus,* quicquid dixerit Bald. *in l. vt iurisiurandi, §. si liberi.ff. de oper. liber. & in capit. 1. de eo* qui sibi, asserens, quod vox illa, hæredibus, adiecta inuestituræ feudali, respicit hæredes sanguinis. non bonorum, seu hæreditatis, quoniam in hoc dicto, alias egregio, notatur a Iacobo de Bellouiso, & Aluar.ibi, & ab Alexa.*lib.5.consi.19.col.4. Paris.consi. 23.nu.167.lib.1.* qui plures alios referẽs testatur Bal. communiter improbari, & Siluan.*cons.30.num.33. versi.sextum, Iuli.Clarus,* de quo paulo inferius.

26 Quo † argumento, in emphyteusi ecclesiastica, idem respondendum sane est, vt *pro hæredibus* concessa, ad liberos tantum peruenire debeat, dummodo hæredes sint, non ad extraneos, quia ad feudorum similitudinem, proprium est emphyteusis ecclesiasticæ, ad extraneos non transire, *vt tradit Afflict.q.100.* Quod sane adnotandum est. Vidi enim aliquando in casu graui, de hoc hæsitatum, per varios consultores, qui non distinguebãt in hac specie emphyteusim ecclesiasticam a profana, intelligentes verbum *hæredibus*, etiam extraneos, continere, quod in ecclesiastica emphyteusi non procedit, vt nominatim probat Soci.iun.*lib. 4.cons.79.num.5.& 6.* nisi adsit clausula vniuersalis, *pro quibuscunq; hæredibus, vt infra adnotabimus.*

27 Secundum † supra scriptam interpretationem etiam respondendum est, hæreditariam illam esse concessionem, vbi fuit concessa emphyteusis *mibi & legitimis hæredibus meis*, quæ meo iudicio, conueniens est illi, quando *mihi, & liberis,* seu *descendentibus meis, & hæredibus* concessa emphyteusis est: ad quam similiter vocati sunt liberi, dummodo tamen hæredes sint, quoniam dominus illam qualitatem adiecisse videtur, vt necessario hæredes essent, *vt post Alexa.& alios, resoluit Paris.lib.3.cons.65. nu.7. Afflict.in c.1.de eo; qui sibi, nu.4. & c.1.an agna.post n. 13.tradit Octaui. decis. Pedem.161. nu.1. Rimi. lib.1. consi. 124.nu.1.& cons.178.nu.2. Silua.cons.30. num.11.Ias.in l.si non fortem, §.si libertus, prope finẽ, ff.de cond.indeb. Decius, cons.185.nu.2.glo.Par.5.leg.28.tit.8.verbo, O de sus hæderos, col.2. versi.sed quid, fol.50.* Concordat Iul.Clar. *lib.4.sent.§.& emphyteusis,q.37.col.2.versi. aut vero,* qui hanc firmat esse mixtam concessionem, siquidem partim familiaris est, partim vero hæreditaria, quia ad alios, quam liberos transire non potest, & hos hęredes tantum, non alios respicit propter illam dictionem, *hæredibus,* Bart. *in d.l.iusiurandum,§. si liberi.ff.de ope.liber.nu.4.* & est communis resolutio, *teste Alex.cons.126.nu.6.lib.1.versi.& illa verba,* Ias.& Sigismundus, quorum meminit Iul. Clar. *d. loco,* firmans communem. Quæ resolutio multo magis procedit in concessione pro liberis hæredibus dempta copula, *&, per Pinell.in l.1.par.3.nu.90.versic. inde etiam, de bon.mat.* Vnde cauendum est ab aresto Regio, de quo Gama. *q.50.col.2.cum sequ.* Quatenus nepoti non hæredi emphyteusim, huiusmodi adiudicauit. Cauendum est etiam ab eodem, *q.16.* credente, emphyteusim istam adiudicandã vxori hæredi institutæ, & sic extraneo. Qua in re, similiter, ait nullam fore constituendam differentiam inter profanam, & ecclesiasticam emphyteusim, secundum communem omnium interpretationem, *vt tradit Couarruu.lib.2.resolutio.c.18.num.3.Valascus,* tamen *q.44.ante num.9.versi.rursus, cum sequ.* in profana aliud putat.

Ex † quibus sane verum non censeo, quod ab his auctoribus, passim traditur, qui existimãt adiectionem illam, *hæredibus*, in feudali concessione, non immutare feudi conditionem, & naturam, quæ familiaris est: ea nempe ratione, & si concedatur feudum *pro filiis, & hæredibus,* seu *pro hæredibus,* simpliciter: vt nihilominus intelligatur pro filiis concessum, qui necessario hæredes esse debent, si feudum capere voluerint, vt probatur *in cap.1.an agnatus, vel filius.* 28

Quocirca, illa vox, *hæredibus*, quasi continens quod tacite inerat, nihil prorsus addit, aut immutat, *vt voluere Alex.lib.1.cons.30.nu.1. & lib.5.cons.26.nu. 3.Decius, cons.395.nu.7. Goz.ad.cons.16.nu.30. Afflict.in c. 1.nu.13. de feudo non habente propr. naturam feudi Ias.in l. Gallus.§.etiamsi parente, nu.15.vers.secundo fallit: a quibus fore cauendum sedulo suadet Pinellus, in 3.p. l.1. C. de bon. mat.n.87. versi.ex qua, opinione, & merito quidem.* Nam etsi verum sit, huiusmodi adiectionẽ in filiis nihil operari, nec addere, quoniam etsi illa submoueatur, hæredes esse debent per tex. *in d.c.1.an agna.* vel filius. Nihilominus tamen, respectu agnatorũ volentium feudum apprehendere, ociosa, ea vox *hæredibus*, non est, quoniã hi possunt feudum capere, etsi hæredes non sint, *vt in d.c.1.probatur,* In quo ille tex. admirabilis est: siquidem deterioris conditionis esse filios quam agnatos probat, quod ne fiat, vtiliter stante illa dictione, *hæredibus*, interpretandum hæreditarium feudum est, ne quispiam citra ius & nomen hæredis, illud consequatur, nec melioris conditionis sint agnati, quam filii, quæ non contemnenda est animaduersio.

Quamuis † Pinelllus, *d.loco, ante nu.88.vers.ea tamen discordia,* conetur prefatos interpretes tueri, vt intelligãtur voluisse huiusmodi feudum *pro hæredibus*, vel *pro liberis & hæredibus* concessum absolute hæreditarium non esse: siquidẽ nihilominus non valet ad extraneos transire, *vt supra resolutum est,* secundum quem sensum recte inquit, aiunt feudũ, sub præfata forma concessum hæreditarium non esse. Etenim mixtum sane est familiare, & hęreditarium, quoniã agnatos tãtum respicit, eosdemq; hæredes, secundũ quem sensum procedunt supra scripti auctores, qui huiusmodi feudũ hęreditariũ appellãt, propter illã vocẽ *hæredibus,* aliter incaute dixissent, absolute hęreditariũ feudum esse, quod neutiquã põt ad hęredes extraneos transire, quod agnoscẽs Iul. Clarus, huiusmodi feudũ, & feudalẽ concessionẽ mixtam, dixit *in d.§.emphyt.q.16.& verbo, feudum, q.9.col.3.versi.quandoq; vero,* vbi hanc concessionẽ mixtam esse asserit, quia ex vtroq; participat, & vtriusq; ratio concurrit, requiritur nempe quod succedere volens sit de familia, seu agnatione, 29

natione, & hæres, *Parif. consi. 48. num. 10. & 19. lib. 4.* quamuis Bald. *in c. 1. de eo*, qui sibi, intellexerit non esse necessarium, quod sit hæres, cōtra quem iam diximus, esse communem scribentium sententiā, quod etiam Iulius Clarus testatur, ex auctoritate Alex. Iaf. Cur. Parif. Aymo. Soci. iun. Grati, & aliorum quos ibi commemorat, quibus tu adde Siluanum, *conf. 36. nu. 33. versi. sextum.*

30 Vlterius † Cur. iun. *conf. 3.* istæc ampliat, etiam si dictio *hæredibus*, apponatur in executione concessionis incidenter, in cuius corpore solū fuit mentio liberorū facta, quia nihilominus hæreditaria, ea concessio censenda erit, *vt ibi per eum*, sequitur Bossius, *lib. de Principe, nu. 307.* Sed dubitat cū ratione Pinellus, *in d. 3. par. l. 1. de bon. mater. ante nu. 88. versi. quod notabiliter ampliat.* ex eo quia clausula in executione apposita, alterare gratiam nō solet, *Clem. 1. de preb. vbi Dd. & Iaf. in l. ex pupillari, ff. de vulga.* Quo argumēto, contra Curtium residet Exea *de pactis, nu. 220.* & Iaso, *lib. 3. conf. 56. col. 2. & fi.* quorum sententiam Pinellus magis probat, & in specie post Decium, *conf. 193. col. pen.* Menoch. *conf. 61. num. 28. & 32. Rubeus, 110. col. fin. Iaf. in l. ius ciuile, nu. 8. ff. de iust. & iur. Ripa, in l. qui Roma, §. duo fratres, ff. de verborum, num. 45. Cur. Iunio. conf. 3. col. 1. Soci. Iun. 93. nu. 24. lib. 3.* Requiritur igitur, vt emphyteusis hæreditaria sit, quod in ipso corpore concessionis, hæredum fiat mentio, non in executione.

31 Dicitur † autem hæreditaria ea emphyteutica cōcessio, quia eam capere nemo potest, nisi hęres, idq; operatur illa dictio, *hæredibus*, per quā dominus directus visus est velle, quod illam hæres, & non alius, cōsequatur, *Afflict. q. 140. Ripa, in l. in quartam, num. 181. ff. ad l. Falcid. Pinell. in d. l. 1. par. 3. C. de bon. mat. nu. 84.* & quidam alii, quorum meminit Valascus, *de iure emph. q. 43. nu. 1.* quo tamen in loco huius resolutionis dubitat, ex auctoritate *c. 1. an agnatus*, probantis, *vt iam supra adnotauimus.* Quod feudum pro liberis concessum, filius nisi hæres sit, capere non potest, ergo inquit non sequitur, quod præfati auctores putant, eam emphyteusim hæreditariam esse, quam obtinere nequit quispiam, nisi hæres sit. Siquidem feudum pro liberis cōcessum, familiare est, & nihilominus illud filius nisi hæres sit, capere non potest, sed non conuincit, quia, *vt iam supra diximus*, illius text. dispositio irregularis est, & specialiter procedit in feudo, quod etsi hæreditarium non sit, filius, nisi hæres petere non potest, ex ratione tradita a Syluano, *consil. 30. nu. 21. cum sequ.* quæ respicit proximitatem sanguinis & successionis, quæ in agnatis deficit, quæ specialitas contra iuris regulas, ad emphyteusim trahi non potest, *vt iam superius admonuimus.* Quamobrem, diximus feudum pro hæredibus concessum, hæreditarium esse, non respectu filiorum, qui nisi hæredes sint, illud capere non possunt, sed respectu agnatorum, ne melioris sint conditionis, quam filii. Qua ratione, quod cum Couarru. d. loco Valascus adnotauit, hæreditariam dici concessionem feudalem, quando illa respicit alium successorem, quam filium, proculdubio a supra scripta traditione non differt.

32 His † additur alia similis concessionis forma: si dominus mihi emphyteusim concessit; & hæredibus meis, ex meo corpore descendentibus, an sit hæc etiam hæreditaria, an familiaris censenda? variant nimis interpretes nostri, vt constat ex Lofre. *consi. 1. Afflict. in c. 1. §. hoc quoque, nu. 81. de success. feu. & in c. 1. nu. 10. cum seq. de alie. feudi. pater. rursus, & in c. 1. nu. 4. de eo, qui sibi, & hæredi.* Cōstat etiam ex Pinello, *in l. 1. C. de bon. mat. 3. p. num. 88. & 90. Valasco, q. 44. num. 13.* Rubeus tamen *consi. 84. cum seq.* huiusmodi cōcessionem familiarem esse defendit, seu ex pacto & prouidentia, *Soci. lib. 1. conf. 72. num. 27. vers. hoc etiam.* At idem Rube. *in conf. 18.* hæreditariam esse, quasi communiter receptum probat, quod Silua. *conf. 30. nu. 11.* placuit Socin. Iun. *lib. 4. conf. 79. nu. 19.* & Couar. *lib. 2. resol. c. 18. col. 7. versi. posset.* Priorem tamē sententiam magis probant Pinellus, & Valascus, arbitrati supra scriptā verborum conceptionem, neutiquam hæreditariæ concessioni conuenire, & consequenter ita accipiendam esse, ac si vox illa *hæredibus*, adiecta non fuisset, ex auctoritate Decii, *consi. 395. nu. 6. cum seq. & 185.* hoc ita resoluentis, cuius sententiam probant Parif. Socin. Iunio. Brun. Afflict. Carol. Gozadi. Bello. & plures alii, quorū ad id meminit Pinellus, *d. num. 88. versi. ego autem*, hanc firmans communem. Nec immerito, si consideres, quod quandoq; secūdum subiectam materiam, verbum *hæredibus*, ad solos filios refertur, *vt adnotauit glo. recepta, & ibi Paulus in l. ex facto, §. fin. ff. ad Treb.* Quod concessioni, de qua agimus, commode applicari potest, si consideret quod dominus concessit emphyteusim pro hęredibus descendētibus, seu natis, ex corpore meo, qui proprie sunt filii, qui nobis, seu ex nobis nascūtur, hæredes vero non nascuntur, sed a lege, vel ab homine fiunt, qua ratione concessio, secundum verborum proprietatem, & verū sensum, genitos non factos hęredes, respicit, & sic descendentes acquirentis, qui nomine saltem hæredes sunt, cuius respectu, vel quia hæredes esse solent, dominus hæredes vocauit, non quod intellexerit oportere, quod hæredes sint, vt emphyteusim consequi valeant.

Secundum † quem sensum si intelligatur concessio, de qua agimus, exploditur eorum opinio, 33
qui existimabant, mixtam hanc concessionē esse, quemadmodū iam supra ex Pinello, & Iulio Claro, diximus illam esse, qua dominus emphyteusim cōcessit, pro liberis & hæredibus. Quo exemplo, similiter hæc concessio, *pro hæredibus ex corpore suo descendētibus*, mixta censeri iuxta poterit, vt nominatim post Couar. *lib. 2. resolut. c. 18. col. 6. & 7. & Bar. in l. iusiurandi, §. si liberi, ff. de operis liber. nu. 4. versic. sed si, Matth. de Afflictis, q. 295. num. 7. & planius, 140.* vbi testatur ita fuisse iudicatum, adnotauit Pinellus, *in d. 3. p. l. 1. C. de bon. mat. post num. 88. versi. ex præcedenti*, addens Siluan. *consi. 30. nu. 11.* firmantem hanc esse magis receptam sententiam, pro qua ibi, *& nu. 24.* quam plures citat, & Curt. *consil. 155.* atque etiam Gratus, *conf. 4. num. 48. & 55. lib. 1.* & Rubeus, *in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de lib. & posthum. nu. 191.* concordat firmans communem Molinæus, *in conf. 50. nu. 3.* Qui plures refert. Quæ profecto æqua sententia videtur, ne verbum illud, *hæredibus*, ociose scriptū videatur, contra Bal. doctrinam communiter receptam, *in Rubr. C. de contrah. empt. q. 9.* respondentis nullum prorsus verbum contractibus adiectum, stare posse ociosum. Quo argumento Iul. Clar. *lib. 4. sent. §. feudum, quæst. 9. versi. quandoque, in fin.* eam probat scribētium opinionem, qui mixtam iudicant cōcessionem, pro filiis & hæredibus factam,

ne quo modo fateri teneamur, dictionem illam, *haredibus*, fuisse superflue adiectam. Quare huic magis adhærendum sententiæ est, per quam non violantur concessionis verba, quibus accedens hanc opinionem magis videtur probare Valascus, *vbi sup.* Et eo maxime obseruanda hæc sentẽtia est, si ex verborũ generalitate aut alias colligi potest, quod pro hæredibus voluit emphyteusim dominus concedere, *ex Bald. in l. cum virum, num. 11. C. de fi. deicommiss. & Ias. in cons. 118. col. 3. versi. nec obstat, lib. 4.* quorum ad id meminit Pinellus, *d. 3 par. l. 1. C. de bon. mat. ante num. 89.*

34 Contingit † plerunque emphyteusim sub hac forma cõcedi, *Petro concedimus, & in emphyteusim talem rem damus, vxoriq; suæ, & haredibus suis.* Quam solum vocare eos, qui iura suitatis obtinent, de quibus habetur *in §. sui. instit. de hered. qualit. & diff.* videtur respõdendum, secundum verborum proprietatem, quæ attendenda maxime videtur, *ex adnotatis in l. non aliter. ff. de leg. 3.* Quod vtiq; in feudis, & emphyteusi ecclesiastica, recipiendum est, quæ ad extraneos hæredes transire non solet, §. *emphyteusim, in auth. de alie. & emph.* Quod ita in specie adnotauit Pinellus, *d. 3. par. l. de bon. mat. nu. 89. Valas. de iure emph. q. 44. nu. 14.* qui contrarium probant, quando materia patitur hæredum extraneorum admissionem, quemadmodum admittit profana emphyteusis, quia tunc etiam extranei continentur, sub huiusmodi verborum conceptione.

35 Cauendum † tamen est, quia Pinell. *in d. nu. 89. & seq. versi. ex eisdem*, plane intellexit, hac in re non esse constituendam differentiam inter concessionem *pro suis haredibus*, & simpliciter *pro suis* dempta voce *haredibus*, quæ fuit sententia Imolę a Iaso. probata, *in l. Gallus. §. etiam, num. 13.* Cuius oppositum verius esse videtur, si consideres, quod illa vox *Suus*, agnatiunem magis, & familiam quam hæreditariam successionem respicit, *vt in d. quæst. 44. Valascus adnotauit, num. 15.* cuius contrarium obtinet in concessione pro suis hæred.bus, quæ hæreditaria est, nec illam consequitur, nisi qui hęres erit Pinellus, & Valascus, *in d. loco, & Curt. Iun. consi. 155. num. 3.*

36 Quod † intelligendum est etiam, in concessione facta pro legitimis hæredibus, quæ similiter hæreditaria est, *vt post Paris. lib. 3. cons. 65. nu. 7. probat Valascus, d. q. 44. num. 16.* licet contradicant Decius, *consil. 32. numer. 3.* Gozad. & Socin. quos sequutus refert Pinellus, *in l. 1. C. de bon. mat. 3. par. num. 85. versi. feudum etiam.* Quod idem intellige obseruandum in concessione facta pro hæredibus legitime descendentibus, *ex Paris. lib. 1. consil. 4. num. 26. Afflict. & alii quos refert Valas. d. q. 44. nu. 18.*

37 Quæ † tamen limitanda sunt, nisi apposita sit claulula. *Quod succedant seruata sexus, & ætatu prærogatiua*, vt nominatim tradit Afflict. *in c. 1. § hoc quoq; num. 85. de success. feudi.* Hæc enim clausula *haredes*, restringitur ad eos, qui sunt sanguinis & familiæ, inter quos illa prærogatiua obseruari potest, vt resoluit Pinellus, *in d. 3. par. l. 1. C. de bon. mat. nu. 90. versi. infertur septimo, Bossius de Principe, nu. 306. licet contradicant Lofre. consi. 1. & Valas. d. quæst. 44. nu. 17.* quorum opinio vtiq; probabilior est, si attẽderis, quod illa prærogatiuæ obseruatio, minime repugnat qualitati hæreditariæ.

38 Fallit † etiam vbi statutum est, quod iure Francorum succedatur, id est, quod solus primogenitus, ceteros excludat Afflict. *q. 112. & 248.* Qua ratione successio hæreditaria non est, *secundum Paris. lib. 4. cons. 72. nu. 4. tradunt Pinellus in d. loco, & Valascus, quæst. 43. post nu. 2. versi. ceterum*, vbi hoc idem probat in concessione facta pro genere, vel pro posteris, aut in quamcunq; generationem, dummodo absit nomen hæredibus, vt prosequitur Pinellus, *in d. 3. par. l. 1. C. de bon. mat. nu. 9. versi. infertur, 6. illa. 8. & 9.* quibus adde Iulium Clarum, *lib. 4. sentent. §. emphyteusis, q. 37. in fine*, idem resoluentem in concessione, pro tertia generatione, quia magis videtur dominus directus respexisse sanguinis naturalem successionem, quam ciuilem, firmat ille hanc esse cõmunem, & Citat Corneum, *lib. 4. in consil. 100. lit. D.* Sed an cõcessio, pro primogenito illo mortuo extinguatur, tradit Molina, *lib. 1. c. 6. nu. 42. cum seq.*

Sed † *an in casibus, quibus supra resoluimus feudum,* 39 *& emphyteusim hereditariam esse, sufficiat emphyteusim petentem, mediantibus suis parentibus, & antecessoribus heredem esse primi acquirentis, vel oporteat eum heredem esse vltimi possessoris*, ambigua quæstio est, a Pinello, *in d. 3. par. l. 1. C. de bonis maternis, numer. 91. versic. ad prædicta*, & Valasco, *in d. quæst. 44. nu. fin.* tractata, qui resoluunt contra Curtium communem sententiam esse, sufficere, primo acquirenti, per medium suorum parentum, & antecessorum hæredem esse, quæ fuit sententia Socini iunio. *lib. 1. cons. 72. nu. 29.* Rolan. *cons. 23. nu. 44.* qui probat eum communi sufficere, quod alicui sit ille hæres, quæ adnotanda resolutio est.

Ex † his resolutis decidi posse videtur casus 40 ille, perquam dubius, & in praxi frequens, *dominus Rex, vel quispiam alius mihi emphyteusim concessit, & haredibus meis masculis, an sit hereditaria concessio?* Quæstio est, a Bossio mota, *lib. de Principe, numer. 306.* resoluente huiusmodi concessionem de filiis, intelligendam esse per text. in *cap. 1. §. etsi clientulus, de aliena feudi. Iaso. in l. Gallus, §. etiam numer. 22. gloss. Parti. 5. titu. 8. l. 28. verbo, O de sus herederos, col. 2. in princ. Socin. nepos, lib. 1. consil. 72. numer. 27. Rubeus, consil. 164. numer. 12. & consil. 18. in princ.* Sed *an oporteat heredes esse*, quærit? Et ait Decium, *consil. 185. col. 2.* respondisse quod non, Brunum vero, *consil. 24. col. 2.* consulisse, quod sic & *Alexand. consil. 13. col. 2. in fin. cum sequen. lib. 5. Prapos. & Alexand.* de quibus ibi. Tandem in fauorem Decii inquit, mirabiliter facit Iaso. *in l. si non sortem, §. si libertus, prope finem, ff. de condit. indeb.* resoluens, quod concessio facta pro se, & hæredibus, intelligitur pro filiis tantum & si non sint hæredes, *ex gloss. ordin. in l. ex facto, §. fin. ff. ad Trebell.* Multo ergo magis inquit idem est respondendum, quando concessio facta fuit cuipiam pro se, & suis hæredibus masculis. *Hac ille.* Sed Decius, *in d. consil. 185. numero tertio*, postquam adnotauit concessionem *pro filiis & haredibus*, hæreditariam esse, *vt nos iam supra resoluimus*, inquit id limitandum etiam si addatur verbũ *masculis*, quoniam tunc descendentes tantum videntur vocari, Bald. *in l. Gallus, col. 2. ff. de liber. & posthum.* qui hoc idem aliis in locis probauit, & Alexan. & alii, quorum meminit *in d. num 3.* Decius, concordat idem Decius. *in consi. 239. ante nu. 5.* Facit Afflict. & Pinellus illum sequutus, in loco iam citato paulo ante versi. quæ tamen, resoluentes concessionem pro hæredibus, hæreditariam non esse,

esse, si sit addita clausula, *quod succedant reseruata sexus prærogatiua*, secundum quod hæc videtur probabilis, & tenenda sententia.

41 At † nihilominus Bruni opinio, verior mihi semper visa est. Habito enim pro constante concessionem hæreditariam esse, quæ pro hæredibus facta est, *vt ipsemet Decius fatetur, & nos iam supra probauimus*, non est cur propter illam adiectionem *masculis*, ab ea traditione recedere debeamus. Siquidem concurrere recte quidem possunt, quod succedat descendens masculus, & hæres, quasi id voluerit concedens, quod masculus succedat, dummodo tamen sit masculus, secundum quod cum Valasco, paulo ante diximus *in d. versi. quæ tamen*, hæreditariam concessionem esse, pro hæredibus concessam, addita clausula, *quod succedat obseruata sexus & ætatis prærogatiua*. Nulla enim iuris ratio impedit, hæreditariam concessionem esse, ad quam vocantur hæredes masculi, aut ætate maiores. Erit igitur, & hæc mixta concessio, *pro hæredibus masculis facta*, per quam descendentes tantum videntur vocati, propter illam dictionem, *masculis*, ex auctoritate Bald. & eorum quorum meminit Decius, dummodo tamen hæredes sint, propter verbum, *hæredibus* exemplo concessionis factæ *pro liberis, & hæredibus*, quam similiter mixtam esse, ex auctoritate Pinelli, & Iulii Clari, iam supra probauimus, resoluentes hæreditariam esse, solos tamen liberos respicientem, qualis est & hæc, *pro hæredibus masculis* concessa, quæ pariter hæreditaria est, solos tamen descendentes respiciens, propter illud verbum *masculis*, quod descendentes respicit, *vt tradunt Bald. & aliis auctoribus nostris placuit.* Aliter verbum illud, *hæredibus*, ociosum fateri tenemur, contra Baldi notabile dictum, *in Rubr. C. de contrah. empt. quæst. 9. Iaso. in l. si ego, nota. 4. ff. si cert. peta. Decius consil. 414. num. 2. & consil. 69. col. 4.* resoluentis, quod potius sunt improbãda verba, quam aliqua ociose adiecta intelligenda. Quo argumento, *vt iam supra adnotauimus*, hac in re visus est, Iulius Clar. *lib. 4. sent. §. feudum, q. 9. versi. quãdoque, in fi.* Quamobrem, hæc Bruni opinio, probabilior est, & consequenter tenenda.

42 Ceterum, † quia Bossius magnifaciens auctoritatem glo. *in l. ex facto, §. fin. ff. ad Trebell.* dicit, quod mirabiliter confirmat sententiam Decii, circa illius glo. sensum, aliquantulum immorandum est. In eo §. *fin.* I.C. casum ponit, in quo defunctus filium grauauit, fideicommissum restituere, si sine hærede decederet, fuit mora quæstio, de quo hærede senserit, & respondet de liberis hæredibus tantum intellexisse, & consequenter auunculum a fideicommissario, submouendum. Illius literæ hæc sunt formalia verba, *Si quis ita fideicommissum reliquerit, fidei tuæ fili committo, vt si sine hærede moriaris restituas Seio hæreditatem, videri eum de liberis sensisse Diuus Pius rescripsit, & ideo cum quidam sine liberis decederet, auunculum ab intestato bonorum possessorem habens, extitisse conditionem fideicommissi rescripsit.* Ecce quam plane Iurisconsultus docet concessionem pro hæredibus, in ea specie restringendam fore, & esse ad liberos dumtaxat, de quibus tantũ sensisse defunctũ, Diuus Pius rescripsit, *vt ibi per Dd. & per Parisi. lib. 2. consi. 89. num. 5. & plures refert Soci. nepos, lib. 1. consi. 72. nu. 25. cum seq.* vbi tamen exigit, quod concurrat disponentis voluntas, vt ista fiat restrictio. Cuius tamen contrarium videbatur respondendum, secũdum verborum proprietatem. Clarum est enim, quod verbum *hæres*, latissime patet, & quemcunq; extraneum comprehẽdit, *l. hæredis appellatione. ff. de verb. sign.* quæ fuit ad illum text. dubitandi ratio, per quam videbatur respondendum conditionem non extitisse, siquidem filius hæredem auunculum habebat. Nihilominus tamen contrarium Diuo Pio placuit, in quo ille tex. a Dd. ibi, & alibi passim singularis, reputatur.

Decidendi † rationem I.C. tacuit, (quæ est ratio, propter quam multa habemus in iure abstrusa) glo. *ibi, verbo, hærede*, communiter recepta, adnotauit, id ex eo Diuo Pio placuisse, ne intelligamus defunctum quasi ludentem inutile fideicommissum, Seio reliquisse, quod necessarium vtrimq; erit, si secundum verborum proprietatem intelliges, tunc demum voluisse fideicommissum Seio deberi, quando filius sine hærede, etiam extraneo decessisset, quod impossibile sane est, siquidem vix sine hærede quis decedere potest, *secundum adnotata in l. 1. C. vnde vir. & vxor.* vbi fiscus saltem hæredis vicem suppler. Ne igitur, tam graue sequatur absurdum, quod intelligamus defunctum, quasi ludentem decessisse, fideique commissum reliquisse sub conditione nunquam extitura, recte Diuus Pius, rescripsit, conditionem illam, *Si sine hærede moriaris*, restringendam esse, ad casum contingibilem, & sic ad casum, quo liberos non haberet. Nihil enim magis iuri conuenit, quam generales dispositiones, ad casum contingentem referre, & restringere, *c. coram, de off. deleg.* ibi: *Quia id raro, aut nunquam contingeret*, & ibi notant Dd. & *in l. non ad ea, ff. de legib.* 43

Comprobat † hoc quod tradit Angel. *consi. 305.* quem ad verbum sequitur Alex. *cons. 36. lib. 3. & Decius, in c. in præsentia, de proba. num. 48. versi. 2.* qui notabiliter resoluunt generalem sensum huius verbi *hæres*, simpliciter prolatum restringendum esse, ne quo modo aliquod sequatur absurdum, quemadmodũ sequeretur in casu *d. §. fin.* nisi dictam cõditionem, ad liberos restringamus, qui possunt adesse, & abesse, *vt d. glo. adnotauit*, quam præfati interpretes, & hi quorum meminit Decius, *d. nu. 48.* sequuntur, & Neuis. *consi. 29. num. 5. cum seq.* Resoluens proinde verbum, *hæredes*, ad filios restringendum esse, si forte de extraneis intellectum, aliena soboles proprie præponeretur, quæ est ratio, propter quam *in d. §. fin. l. ex facto*, fit d. restrictio, ne quo modo concedatur d. absurdum, contra mentem, & intentionem concedentis, qui cum sub conditione de hæredibus meminit sine vllo dubio, de his videtur sensisse, qui possunt adesse & abesse, aliter non erit conditio, & repugnarent verba intentioni. Quocirca ab eorum proprietate, recedendum est ex regula *l. non aliter, ff. de leg. 3.* coniuncta notabili Nattæ traditione, *in cap. quamuis pactum, de pact. in 6. col. 74. post princ.* resoluentis hæredis appellatione liberos tantum contineri, quoties aliqua adest loquentis coniectura, quod noluerit extraneos comprehẽdere, sequitur Neuisa. *d. consil. 29. numer. 7. versic. bene facit*, vbi etiam ad id citat Panorm. *in c. in quibusdam, de constit. circa med.* quæ resolutio, non minus procedit in contractibus, quam vltimis voluntatibus. Semper enim, insequenda est mens & intentio disponentis, vt 44

habetur in l. in conditionibus, ff. de condit. & demonstrat. coniuncta l. cum pater. ff. de pactis dotali. pulchre Ias. in consil. 84. lib. 3. versi. conuentionis, Decius consi. 48. col. fin. cum aliis, quorum ad idem meminit Neuisan. *consi. 29. num. 8.* Vt igitur cesset repugnantia, nec absurdum sequatur, *in d. §. fi. l. ex facto*, responsum est conditionem illam, si sine hærede moriaris, ad liberos tantum restringendam esse, secundum quem sensum, qui communis est, quæso, quomodo ille tex. coniuncta gloss. mirabiliter probat Decii sententiam? Bossius respõdet id per argumentum, a maiori sibi persuaderi: nam si concessio pro hæredibus simpliciter facta, restringitur ad liberos, multo quidem magis restringetur adiecta voce masculis, quæ suapte natura descendentes respicit, ex his quæ Decius, *in d. consi. 185. num. 3.* adducit. Quod ego sane argumentum admitto, data terminorum paritate: aduerto tamen non proinde sequi quod Bossius putat emphyteusim, pro hæredibus masculis concessam, hæreditariam non esse, mixtam saltem, *vt iam supra adnotauimus.*

45 Caue † tamen, quia vt ego opinor Bossius põderauit glo. *in d. §. fin.* quatenus in ea specie, in qua filius fuit grauatus, si sine hærede moreretur, intelligit liberos substitutum excludere, etsi hæredes non sint, *iuxta §. cum quis, l. filius. 117. ff. de legat. 1.* vbi Martianus sic loquitur, *Cum quis rogatus erit, si sine liberis decesserit, per fideicõmissum restituere, conditio defecisse videbitur, si patri supuixerint liberi, nec quæritur, an hæredes extiterint*, intellexit glo. non differre has dispositiones, *si sine liberis decesserit, & si sine hæredibus moriatur*, quoniam vtroq; casu liberi substitutum remouent. Quemadmodum ergo, in casu *d. §. cum quis*, nõ exigitur, quod filii sint hæredes, ita in casu *d. §. fin. l. ex facto*, non oportet quod hæredes existãt, quod innuens ibi IC. simpliciter dixit liberos excludere substitutũ, nulla qualitatis hęreditariæ mentione facta. Secundum quem sensum, gl. *in d. §. fin.* sequũtur Baldus, Cuman. & Imola, *in d. l. filius. §. cum quis, ff. de lega. 1. Paulus, Imola, & Ripa, num. 19. d. l. ex facto. §. fin. ff. ad Trebell. Decius consi. 38. post num. 6. versi. 2. Ias. in l. Gallus, § etiam, num. 21.* limitans, quando verba sunt prolata ab ipso emphyteuta recipiente, Ergo inquit Bossius quemadmodum, in casu *d. §. fin. l. ex facto*, concessio pro hærede facta verificatur, in hærede sanguinis, & sic filio, citra ius & nomen hæredis, ita concessio emphyteutica, *pro hæredibus masculis*, verificari debet, in descendẽtibus, & si hæredes non sint: secundum quod merito dixit, mirabiliter confirmari, hoc exemplo sententiam Decii, *in d. consi. 185.* Sed non recte quantum ego intelligo argumentatur, si considetes & expendas a nobis iam supra scripta, quibus secundũ communem sensum, & interpretationem docuimus, text. *in d. §. fin. l. ex facto*, procedere in ea specie particulari, in qua vt euitetur absurdum, vt repugnantia verbum *hæres* restringitur ad liberos tantum, & sic hæredes sanguinis, de quibus sensisse defunctum dicendum est, in casu *d. l. ex facto, § fin. ff. ad Trebell.* tam ex præcitata ratione.

46 Quam † etiam, quia vsus loquendi, id postulare videtur, secũdum quem defunctus liberos hæredes appellare recte potuit, *vt post Bald. Bart. Iaso. & alios, resoluit Neuisan. consi. 29. num. 1. & Ias. in l. Gallus, § etiam, num. 23. Pincllus, in l. 1. C. de Bon. mat. 3. par. num. 88. versi. vrget, Decius, consi. 38. ante nu. 6.* quem sensum non desunt, qui reducendum intelligant tex. *in d. l. ex facto, § fin. vt est videre per Ripam ibi, sub nu. 2.* Sed non satisfacit, quia, vt eo loco Ripa animaduertit, ita interpretata illius tex. decisio dubitandi ratione caret, siquidem secundum vsum loquendi verba sine dubio sunt accipienda. *l. Labeo, ff. de suppelle. lega. l. cum de lanionis, § asinam. ff. de fundo instructo*, & oportuit prius cõstare, quod id postulabat vsus loquendi, quod ex illius tex. litera non colligitur, nec præsumi potest, aut præsupponi, quia in facto consistit. Quamobrem, procliuior sum, in sententiam Bart. *in d. l. ex facto. § fin. ff. ad Trebell.* intelligentis in casu illius tex. audiẽdum minime esse filium, nisi hęres sit patri, vt nominatim Bart. *in d. § fin. prope finem*, adnotauit propter verbum *hærede*, de quo in text. contrarium intelligens respondendum, si verbo *liberis*, testator fuisset vsus, quo casu loquitur tex. *in l. filius. § cum quis. ff. de leg. 1.* vbi idem Bart. adnotauit. *sequitur Bart. Alexa. ibi, in d. § fin. l. ex facto, num. 8.* qui Bal. Imol. & alios, refert Bar. sententiam probantes, quam & ipse veriorem censet, idque magis placet, ne quo modo verbum, *hærede*, ociose prolatum dicatur, cõtra Bal. doctrinam, *in Rubr. C. de contrah. emt. q. 9. cum aliis.*

Vlterius, † etsi concedamus adhærendum esse 47 sententiæ glo. *d. § fin. l. ex facto. ff. ad Trebell.* vbi illi magis accedit Ripa, *num. 19.* quatenus voluit non obstante verbo illo, *hærede*, excludere filium substitutum, licet hæres non sit. Ego animaduerto eam resolutionem concessionibus emphyteuticis, vix applicari posse, nisi termini sint omnino pares, & eadem concurrat concedentis voluntas, & coniectura ra mens, per quam necessario a verborum proprietate, & genuino sensu, recedere debeamus. Diximus enim, si recte meministi, supra text. *in d. l. ex facto. § fi. ff. ad Trebell.* ea de caussa procedere, quia repugnabat coniectura ta defuncti voluntas, qui volebat substitutum, seu fideicommissarium, rem consequi, decedente filio sine hærede, quod quidem cõtingere minime potest, si illam dictionem, *hærede*, in suo sensu accipiamus, secundum quem extraneos hæredes comprehendit, adeo vt vix queat filius sine hærede decedere, qua ratione, ne inutile reddatur fideicommissum, de quo ibi, Diuo Pio placuit a verborum proprietate recessus verbumque *hærede*, quo vsus fuit testator, ad hæredes sanguinis, non bonorum restrinxit, *vt voluit gloss. & qui eam sequuti sunt.* Quæ ratio emphyteuticæ concessioni, de qua agimus, *pro hæredibus masculis* factæ, applicari neutiquam potest, siquidem nulla adest commoda coniectura, qua moueri iuste debeamus, ad recedendum a vero & genuino, d. verborum sensu, secundum quem dominus videtur emphyteusim concessisse descendentibus masculis, hæredibus tamen, & non aliter. Quantum enim dictio, *masculis*, detrahit de proprio sensu *hæredibus*, vt necessario restringat ad descendentes, quos dominus directus tantum videtur, eo ipso respexisse: tantum verbum, *hæredibus*, detrahit a sensu illius verbi, *masculis* seu *liberis*, cuius natura est extra ius & nomen hæredis descendentes ponere, vt sic necessario debeant hæredes esse, si volunt emphyteusim capere. Inducit enim ea verborum compositio, & coniunctio, quandam simplicium temperaturam, vt neutrum suum simplicem sensum retineat. Verbum enim, *hæredi-*

hæredibus, ad descendentes masculos restringitur, licet suapte natura larius pateat. Verbum etiam, *masculis*, etsi nihi commune, cum hæreditate habeat, propter compositionem, & societatem verbi, *hæredibus*, qualificatur, vt necessario hæredes esse debeant.

48 Superest† modo alia vtilis admodum quæstio, dominus directus mihi concessit emphyteusim, & pro eo, quem nominabo de hæredibus meis, an sit hæc concessio hæreditaria, quæstio est? & talem esse, videtur respondendum ex illis verbis, *hæredibus meis*, quibus docemur hæredibus, dumtaxat voluisse dominum prouidere, siquidem vnum ex hæredibus eligendum, voluit emphyteusim posse obtinere, ex his quæ iam diximus, resoluentes hæreditariam esse emphyteusim, *pro hæredibus* concessam, excepto casu illo particulari, *l. ex facto, §. fin. ff. ad Trebel. tradit Iaso. in l. si non sortem, §. si libertus, ff. de cond. ind. ad fi. Couarru. lib. 2. resol. c. 18. n. 3. conclu. 6. & versi. item omnino.* In contrarium tamen Bossius, *lib. de Principe, num. 308.* ponderat quod in hac concessione, sola nominatio attenditur, per quam nominatus emphyteusim in vita nominantis consequitur, quia in eo verificanrur verba concedentis. Quocirca, cum istæc nominatio possit eo viuente fieri, necessarium cōsequens est, quod non est hæreditaria quia viuentis nulla est hæreditas, & nullus hæres, *Bar. in l. Gallus, §. etiam, ff. de libe. & posth. tradit Angel. consil. 306. habetur in l. 1. & ibi glo. & DD. de hæredi. vel actione vendi.*

Tandem Bossius indecisam quæstionem relinquit, quia de facto pendebat: ego ad hanc speciem trahi posse dispositionem, *d. l. ex facto, §. fin. ff. ad Treb.* intelligo, ne detur contrarietas, quod dominus voluerit, nominari posse me viuentem, & esse nominatum hæredem, quod impossibile est de iure, siquidem viuentis nullus esse hæres potest. Est ergo illud verbum, *hæredibus*, pro *liberis*, exponendum, *vt d. §. fin. probatur*, & resoluunt Iason. *in l. Gallus, §. etiam, num. 14. & seq.* & satis in simili tradit Decius, *consil. 38. nu. maxime, 5.* idem resoluens obseruandum, in concessione facta, de hærede in hæredem, quam solos descendentes, ordine, successiuo respicere ille probat, *& Paris. lib. 2. consil. 88. n. 11. cum seq.*

SVMMARIA.

1 *Concessio pro suis hæredibus, an prosit ascendentibus.*
2 *Ratio Baldi quod ascendentes non sunt apti ad bellum.*
3 *Ascendentes non capiunt emphyteusim, pro hæredibus concessam.*
4 *Concessio pro hærede in numero singulari, non excedit primum hæredem, imo & pro hæredibus.*
Interpr. ordin. lib. 4. tit. 77. § pen.
5 *Emphyteusis natura est, quod sit perpetua.*
6 *Fallit in emphyteusi solita concedi ad vitam vnius hæredis tantum.*
7 *Consuetudo patrisfamilias, est attendenda.*
8 *Item consuetudo regionis.*
9 *Emphyteusim hæreditariam fœmina capit, sed contra verius, num. 10.*
10 *Vsus, & consuetudo facit hæreditariam emphyteusim.*
11 *Emphyteusis hæreditaria, simpliciter loquendo, illa est, qua etiam ad extraneos hæredes potest transire, qualis est secularis pro hæredibus concessa.*
Interpr. Ord. lib. 4. tit. 77. §. pen. & fin.
Emphyteusis hæreditaria, cōmunicatur inter virum, & vxorem.
Interpr. Ordinatio lib. 4. tit. 7. §. 2.
12 *Feudum etiam pro hæredibus concessum vxor non capit.*
13 *Hæreditaria est emphyteusis pro hæredibus & successoribus concessa.*
14 *Emphyteusis hæreditaria est, qua ab alio quam hærede obtineri nequit.*
Ordinatio in §. pen. tit. 77. lib. 4. in sola emphyteusi hæreditaria procedit.
15 *Ordinatio lib. 4. tit 62. §. 1. defenditur a Valasci impugnatione.*
16 *Interpret. Ordinatio lib. 4. tit. 77. § fin.*
17 *Emphyteusis ecclesiastica pro successoribus concessa, solis descendentibus debetur.*
18 *Bonorum appellatione venit emphyteusis.*
19 *Emphyteusis secularis pro hæredibus concessa est hæreditaria.*
20 *Emphyteusis pro liberis hæredibus concessa simpliciter loquendo, non est hæreditaria.*
21 *Emphyteusis profana pro filiis concessa, non est hæreditaria.*
22 *Emphyteusis pro filiis & hæredibus data etiam profana, non est hæreditaria, simpliciter loquendo.*
23 *Emphyteusis profana pro hæredibus concessa transit ad extraneos, ecclesiastica vero non.*
24 *Feudum pro hæredibus concessum, ad filios restringitur.*
25 *Emphyteusis ecclesiastica non transit ad extraneos hæredes.*
26 *Emphyteusis ecclesiastica, pro hæredibus concessa, non transit ad extraneos.*
27 *Emphyteusis ecclesiastica, pro successoribus concessa, ad extraneos non transit, ergo nec pro hæredibus data.*
28 *Æquiparatorum idem est iudicium.*
29 *Emphyteusis ecclesiastica, pro quibuscunque hæredibus ad extraneos transit, & hæreditaria est simpliciter loquendo.*
30 *Clausula pro quibus dederis, includit extraneos.*
31 *Clausula, & quibus dederis, efficit concessionem, hæreditariam, & alienabilem.*
32 *In dubio non censetur concessio hæreditaria.*
33 *Concessio pro filiis, & nepotibus non est hæreditaria, & idem est pro quibuscunque successoribus masculis.*
34 *Clausula, saluo iure feudi, restringit concessionem ad naturam feudi.*
35 *Concessionis verba, ita sunt interpretanda vt aliquid operentur.*
36 *Clausula vniuersalis pro quibuscunque hæredibus omnes indifferenter includit, & bastardo prodest.*
Clausula quibusuis diebus includit dies festos.
Clausula quod possit legitimare quoscunque bastardos, includit etiam infantes.
Clausula, in quibusuis mensibus vacantia beneficia, includit menses ordinarios.
37 *Verbis vniuersalibus vtens, dicitur nominatim exprimere omnia contenta seu comprehensa, sub ea verborum generalitate.*
38 *Concessio pro omnibus hæredibus, est hæreditaria.*
Verba generalia restringuntur ad habiles.

39 *Clausula pro quibuscunque hæredibus, in particulari hærede verificatur.*

40 *Emphyteusis ecclesiastica, ad extraneos transitura, non potest concedi.*

41 *Emphyteusim ecclesiasticam fiscus non capit.*

42 *Emphyteusis ecclesiastica in fideicommissarium extraneum non transit.*

Emphyteusis ecclesiastica, ad extraneos non transit. §. emphyteusim, est correctus.

43 *Emphyteusis ecclesiastica, seruata iuris solemnitate, in extraneos transitura concedi potest.*

44 *Emphyteusis ecclesiastica, nequit concedi in emphyteusim perpetuam ad extraneos transituram.*

45 *A communi, non receditur, quod ad hæredes extraneos potest transire.*

46 *Emphyteutica pacta etiam contra naturam emphyteusis sunt seruanda.*

47 *Verba generalia ab homine prolata, generaliter sunt intelligenda.*

48 *Emphyteusis locata ad longum tempus transit ad hæredes extraneos.*

49 *Locatio ad longum tempus emphyteusi comparatur, & eodem iure censetur.*

50 *Locatio ad longum tempus ad hæredes extraneos, non transit, quia nec emphyteusis contra plures, quorum verior sententia est.*

51 *Ratio, quare emphyteusis ecclesiastica non transit ad extraneos hæredes, militat in locatione.*

Constitutio Tridentina de locatione bonorum ecclesiæ.

52 *Emphyteusis concessa pro hæredibus, & successoribus, an transeat ad extraneos.*

53 *Concessio in perpetuum, an includat extraneos.*

54 *Emphyteusis fertilis facta, transit ad extraneos hæredes & nu. 55. & 56.*

57 *Res sterilis pro hæredibus, & successoribus concessa, ad extraneos transit.*

58 *Rei sterilis, finita concessio reformari debet.*

59 *Perpetua concessio est obseruanda, sine augmento pensionis.*

60 *Concessio rei sterilis finita, debet reformari, etiam in fauorem extraneorum.*

61 *Non debet augeri pensio ei, qui rem sterilem ad culturam reduxit.*

62 *Colonus, qui rem sterilem redegit ad culturam, remoueri ab emphyteusi non debet.*

63 *Verbum potest, non importat necessitatem.*

64 *Emphyteusis de re sterili a principio concessa, non est renouanda præcise.*

65 *Alii si ecclesia vult concedere, præferri debet primus colonus, vel emphyteuta.*

66 *Quando ecclesia sibi vult retinere, debet melioramenta soluere.*

67 *In perpetuum concessa locatio obseruanda, sine noua pensione.*

68 *Rem sterilem, qui conduxit, tenetur meliorare, aliter potest priuari.*

Relocanda est res illi, qui plures expendit quam recepit.

69 *Concessio pro hæredibus, facta clericis, aut alias non valenti habere liberos, includit extraneos.*

70 *Emphyteusis transit ad extraneos, si semel transiit, item si alii concedatur ad faciem primæ concessionis, vel alteri subemphyteuticetur, de licentia domini.*

QVÆSTIO XXIII.

1 SEd † iam sese offert plusquam frequens in tribunalibus quæstio vtilis, & necessaria, *an huiusmodi concessio pro accipiente, & eius hæredibus facta, ascendentibus prosit, si forte sine descendentibus emphyteuta moriatur?* Hanc quæstionem in specie mouit Iaso. nouam esse firmans, & a DD. incaute omissam, *in l. Gallus, §. etiam, ff. de libe. & posthum. nume. 24. cum seq.* quæ vtilis est inuestigatio in materia feudali, & emphyteutica ecclesiasticæ concessionis quæ ad hæredes non transit extraneos, *vt tradit Afflict. qu. 100. & infra tractabitur.* Aliter enim, si concessio transire potest ad extraneos hæredes quemadmodum transit emphyteusis priuata, seu profana, vel etiam ecclesiastica, *pro quibuscunque hæredibus* concessa, *vt infra dicemus*, extra omnem hæsitationem, quæstio est, in fauorem ascendentium: qui non debent deterioris conditionis esse, quam extranei, *ex regu. l. nam etsi parentibus, ff. de inoff. testa.* Quocirca hæc quæstio notabilis est, in emphyteusi ecclesiastica, pro hæredibus concessa, quæ descendentibus tantum debetur, non extraneis, quod & in feudali concessione obtinet, quæ similiter, suos non extraneos hæredes respicit. In quibus terminis hanc mouens quæstionem Iaso. *in d. numer. 24.* arbitratur contra descendentes, respondendum fore, per text. *in cap. 1. de natura success. feudi.* vbi Bald. & omnes alii feudistæ, communiter probant ascendentes, descendentibus non succedere, quod in ea specie, in qua feudum fuit concessum pro descendentibus, sine scrupulo procedit, quia tenor ipsius cōcessionis ascendentes remouet, ex regula, *cap. nonne, de præsumptio.* Inclusio enim descendentium, est ascendentium exclusio, quos concedentem, eo ipso submouere voluisse dicendum est *l. maritus, Codic. de procurator. l. cum prætor, 12. ff. de iudi.*

Qua ratione in huiusmodi concessione pro descentibus facta, admittendos ascendentes non esse, ex tacita domini directi voluntate, qui illos submouere voluit, verius est. Quo argumento, nos aliquando respondimus, Regiæ coronæ successionem, parentibus deferri nullatenus posse, quia a principio Regni potestas, & imperium primo Regi, & pro eius descendentibus, a populo collata dignoscitur. Quocirca dicebamus, illius successionem descendere, ascendere vero nunquam, quia parens non est de substantia, & radice filii, *secundum Bald. in consil. 338. lib. 3.* Quamobrem Ange. *consil. 110.* resoluit, quod feuda lineam ascendentium non respiciunt quia oculos non habent retro. probat Ord. in bonis de corona Regia, *libr. 2. tit. 17. §. 13.* quæ similiter ex ratione supra scripta procedit, quia dominus Rex, pro descendentibus tantum videtur concessisse.

Quamuis † Bald. *in l. ea lege, Cod. de condi. ob cau. col. pen. q. 5.* huius rei eam rationem esse intelligat, 2
quia ascendentes tanquam seniores, & plerunque decrepiti, debiliores sunt: & ad bellica seruitia domino impendenda, minus idonei quam descendentes, quæ sane ratio, vt Iason. adnotauit, *in dict. leg. Gallus, §. etiam, post num. 24.* perpetua non est. Contingit enim, quandoque seniorem, & ætate prouectum, vtiliorem esse multo tam robore, quam consilio & prudentia, iuxta illud, *bos senex grauius figit pedem*, & quia scriptum est, *quod plus valet vmbra senis, quam solertia iuuenis.* Cunctando enim (inquit Ænius) Romanam Fabius restituit rem, *tradunt gloss. & alii, in l. 1. Tau. ibi, Sabios antigos.*

Quapropter

Quapropter ea Baldi ratio, quia particularis est, nec omnibus conuenit, explodenda est: & supra scriptæ firmiter adhærendum est, quod ea ratione ascendentes non audiuntur feuda petentes, quia secundum voluntatem domini submoti esse videntur, quoniam pro solis descendentibus ille visus est concessisse.

3 Quo † argumento, & exemplo in emphyteusi ecclesiastica, concessa *pro hæredibus*, vtique hoc idem respondendum est, quod ad ascendentes peruenire nullo modo potest. Hæc enim solos descendentes, respicit §. *emphyteusim, in auth. de aliena. & emphyteusi,* quare ad extraneos non transit *gl. recepta, in l. etiam, ff. solu. mat. Affl. q. 100. & infra suo loco tractabitur.* Ergo, nullo modo ad ascendentes huiusmodi emphyteusis peruenire potest, extraneus autem hæres, cum de successione agitur, is dicitur, qui in patria potestate non est, *l. vnica, §. in extraneum, Cod. de rei vxor. actione, & ibi Bartol. & alii hoc notant.* Ergo parens extraneus, necessario censendus est, siquidem suus esse non potest, qui extra patriam potestatem est positus. Ceterum, quia non minus parentibus, quam filiis successio debetur, *vt habetur in l. nam etsi parentibus, ff. de inoff. testa. Iason. in dict. leg. Gallus §. etiam, numero 26.* hanc quæstionem insolutam reliquit, longiori excussione dignam iudicans, quod etiam Felin. fecit, *in cap. in præsentia, de proba. ante numero 27.* & merito quidem si recte expendas, ea quæ iam supra late scripsimus, *q. 12. n. 27. & 28. cum seq.*

4 Concessio † vero *pro hærede tuo* facta, in primo præcluditur, *vt adnotauit Bartol. in l. 1. ff. de constitut. princip. sequitur Felin. in cap. in præsentia, de proba. post numer. 26. versi. item, de materia, per text. in l. antiquitas, 14. C. de vsufruct. tradunt DD. in l. in annalibus, C. de leg. & in aliis locis, relatis a Thom. Gram. decis. 59. n. 13. Ias. in l. 2. num. 238. C. de iure emph.* Verum ea traditio, vix mihi videtur posse applicari emphyteuticæ concessioni, cuius natura est, posse ad hæredes transire, siue illa secularis, siue etiam ecclesiastica sit, qua ratione, restringi ad primum hæredem non debet, vt notat Bartol. *in d. l. antiquitas,* & intrepide omnes alii ibi, *& in dict. l.* in annalibus probant. sic limitantes regulam, *d. l. antiquitas,* vt nõn procedat in his rebus, quæ ad hæredes sunt transmissibiles, *Paris. libro 4. consil. 137. numero 4.* Loquitur enim ille text. in vsufructu, cuius natura transmissioni repugnat, quia morte finitur *§. finitur, institut. de vsufruct.* qua ratione, ad primum tantum hæredem porrigitur, *vt ibi per Doctores & in dict. leg. in annalibus, vbi Iason. Cod. de legatis Bartol. & alii, in l. Gallus, §. etiam si parente, ff. de liber. & posthum.* ea præcipua ratione, ne proprietas reddatur prorsus inutilis, nam si ad hæredes in infinitum transierit concessus vsusfructus, inutilis sane manebit proprietas, quod inconueniens, & absurdum ne contingat, imperatori, *in dict. leg. antiquitas,* placuit vsumfructum, penes primum tantum manere hæredem: quæ ratio in emphyteusi, fallit, cuius proprietas, seu directum dominium, inutile non est, licet pro hæredibus, in infinitum vtile concedatur. Quocirca ad emphyteusim trahi dispositio *dict. leg. antiquitas,* non potest, vt in specie resoluit Iason. *in d. l. in annalibus prope fin. Cod. de legatis.* Licet contrarium resoluat Bald. *in l. fin. oppos. 6. Cod. de hæredi. instit.* restringens ab ecclesia emphyteusim concessam pro hæredibus in tertiam generationem, ne quomodo inutile dominum penes ecclesiam perpetuo maneat, qua in re non videtur considerasse, inutile directum dominium non esse, *vt Ias. rectius adnotauit, & illo non relato Crotus, in l. 4. §. Cato, ff. de verbo. oblig. numer. 133.* Habet enim præscriptæ pensionis exactionem, laudemiique atque aliorum dominicalium iurium petitionem. Quãobrem cessat Baldi ratio, & argumentum, & consequenter cum Iason. & Croto, respondendum est, dispositionem *dict. leg. antiquitas,* in emphyteusi non procedere, eaque non obstante emphyteusim pro hæredibus concessam, perpetuam esse, & ad hæredes in infinitum transire. Et hoc est profecto, quod lex Regia agnouisse mihi visa est, *libro 4. titul. 77. §. pen.* ibi, *E quanto aos aforamentos perpetuos, que algunas pessoas tomano pera si, & seus herdeiros, & successores.* Vides qualiter lex Regia huiusmodi concessiones hæreditarias, perpetuas vocat, innuens, in infinitum eas propagari, quod sane in emphyteusi profana, quæ nullis regulis est restricta, & a sola concedentis voluntate pendet, late vel stricte interpretanda, admittendum est, *ex Greg. Lop. in l. 28. tit. 8. Par. 5. verbo, O de sus herederos.*

Nihil † enim magis emphyteusis naturæ accedit, inquir, quam perpetuam esse, *vt voluit Bartol. in l. 1. in princ. ff. si ager. vectig. & in l. 2. colum. 2. Cod de iure emphyteut. Ange. in l. qui luminibus ff. de serui. vrba. præd.* Quocirca vbi pro hæredibus conceditur, in infinitum procedit *d. l. in annalibus, Cod. de lega. & in l. fin. eod. titul. l. hæredes, & l. sciendum, ff. de verbo. significat.* 5

Potest † tamen Baldi sententia defendi, in emphyteusi ad vitam vnius tantum hæredis, aut duorum concedi solita. Hæc enim, si simpliciter & indefinite pro hæredibus concedatur, ad solitum vsum, & consuetudinem concedentis, restringenda est, *vt post Balb. in l. antiquitas, Cod. de vsufruct. notab. 3.* eleganter resoluit *Greg. Lop. loco iam citato,* vbi Baldi prædictam sententiam probat illius text. argument. quatenus addit, quod vsusfructus concessus indefinite *pro hæredibus,* restringitur ad primum hæredem, quia suapte natura, ad hæredes non solet transire. Quo argumento, idem probat in emphyteusi solita, ad primum, vel secundum, dumtaxat concedi, quæ consuetudo potens est naturam emphyteusi tribuere, quoniã ea altera dicitur natura, & in concessionibus, seu contractibus in dubio attendenda est, agẽtis consuetudo. *l. vel vniuersorum 12. ff. de pignor. actione* ibi *Ab eo, qui sub pignoribus solebat mutuas pecunias accipere, l. qui semisses 13. §. fin. ff. de vsuris,* ibi: *Idque ex consuetudine mandantis fecisset, l. hæredes palam 21. § siquid post, ff. de testamen. in fin.* ibi: *Vel ex consuetudine patris familias,* rursus, *& in l. si seruus, & plurium, ff. de lega. 1.* ibi: *Ante omnia ipsius patris familias consuetudo,* in quibus quidem locis id notant scribentes, attendendam esse loquentis consuetudinem, Decius, & Cagnolus, *in l. semper in stipulationibus, ff. de regu. iuris,* & in specie Alexand. *lib. 5. consil. 124. columnn. 2. numer. 4.* resoluit emphyteusim ab ecclesia concessam, videri concessam, secundum ecclesiæ consuetudinem. Citat Angelum *in §. emphyteusim, in authentic. de aliena. & emphyteusi, & in l. 2. ad fin. Cod. de iure emphyteut. numer. pen.* vbi nominatim probat 6

emphyteusim præsumptam, restringendam esse ad primam, vel tertiam generationem, prout ante ecclesia solebat concedere: aliter recurrendum fore ad regionis consuetudinem, & solitum vsum ex Angel. ibi, & probatur *in dict. l. si seruus 59. §. fin. de leg. 1. ibi, Ante omnia ipsius patris familias consuetudo, & regionis, in qua versatus est, exquirenda est*, tradunt Decius & alii, *in l. semper in stipulationibus num. 9. ff. de regul. iur.*

7 Ex † quibus id vnum licet adnotare, ad huiusmodi emphyteusim pro hæredibus concessam, pariter fœminas cum masculis admittendas esse, siquidem & hæ hęredes sunt, quibus non minus, quam masculis patentum hæreditas debita est, *l. maximum vitium, Codic. de lib. præter.* vbi tam ex testamento, quam abintestato, improbatur antiquitas, inter mares & fœminas differentiam constituens, *& ibi notant Doctores.* Quæ resolutio licet in feudis non procedat, *vt habetur in cap. 1. §. hoc autem, qui feud. dare possunt, & in cap. 1. § filia vero, de successio. feudi, rursus, & in cap. 1. §. ad filias. de gradi. success. & in cap. 1. in fine, de his qui sibi, & hæredi. suis, in fine*, id singulari quadam ratione procedit, quia feudum conceditur pro fidelitate, & seruitiis virilibus, seu bellicis domino impendendis, *capit. 1. in fin. quibus casibus feud. amit. & in titul. de forma fidelitatis habetur in cap. 1. in princip. & §. ad hoc, hic finitur lex Corradi.* Quæ quidem seruitia fœminis, quia non conueniunt, nec ipsis feuda præstantur, *vt dictis locis habetur*, & tradit Bald. *consil. 260. & illum sequutus Corneus, lib. 1. consil. 239. colum. 1. prope finem.* Qua ratione cessante, si seruitium reale, non personale, domino pręstandum est, & consequenter, quod fœmina exequi possit, illi feudalis successio non negatur ex regula *l. adigere §. quamuis, de iure patr. & cap. cum cessante, de appella. l. quod dictum, ff. de pact.* est bonus text. qui hoc probat *in cap. si cui milit. de capitulis extraordina.* quem ad hoc citat Bald. *l. quoties, Codic. de legitim. hæred. tradunt Roma. consil. 398. & Corneus, in d. consil. 239. colum. 1. cum seq. libro 1.* vbi id nominatim probat obseruandum, vbi pro feudo aliquis annuus census est soluendus, quem non minus fœmina, quam masculus, soluere debet, *vt ibi per eum.* Quamobrem, † ad emphyteusim hæ-
8 reditariam, pro hæredibus concessam esse admittendam fœminam in confesso est, maxime in casu concessionis, de qua in *l. nostra, in hoc § fi & titul. 77. §. pen. ibi, Seus herdeiros, & successores*, quæ verborum geminatio, vt Corneo placuit, *in dicto consil. 239. libro 1. colum. 2. ad fi. versicul. & maxime*, etiam ad feudum fœminam vocat, per substitutum masculum seruitutam.

9 Caue † tamen, quia Ioan. Andr. post Vincen. *in c. potuit, de locato*, vtiliter obseruauit, quod fœmina est incapax emphyteusis ecclesiasticæ, & vna de personis prohibitis illam petere, *sequuntur Imola, ibi, columm. 9. versicul. in gloss. prohibentur, in fin. & Iason. in l. fin. Cod. de iure emphyt. numer. 92.* Quorum ad id meminit Soci. Iuni. *libro 4. consil. 79. numer. 1.* ea potissima ratione, quia si emphyteusis ad fœminam perueniat, circa pensionis exactionem deterior erit ecclesiæ conditio, quoniam fœmina pro debito incarcerari ciuili non potest *authentic. sed nouo iure Cod. de off. diuers. iudi. Bartol. in l. nemo carcerem, Cod. de exacto tribu. lib. 10. & in l. sacrilegii, §. Labeo, alias est, §. cum eo, ff. ad l. Iul. pecula.* Qua ratione, quæ suprascripta sunt, ad emphyteusim profanam tantum, referenda videntur. Stantibus præsertim filiis masculis, qui per l. Regiam, *supra hoc titul. §. 3.* fœminas excludunt secundum quem, necessario debet emphyteutica concessio interpretari, vt fœminæ submoueantur stantibus saltem masculis, secundum doctrinam Bartol. *in l. fin. §. 1. ff. ad Tertull. Socinus iunior consil. 104. num. 8. & 9. lib. 2. & lib. 4. consil. 79. numer. 2. & numer. 3.* qui hoc modo aduersus fœminam, ab emphyteusi remouendam, arguit.

Sed † nihilominus contrarium est obseruandum, quia concessio pro hæredibus, *vt supra proxime probauimus*, non minus masculos, quam fœminas, hæredes comprehendit, per regulam *l. maximum vitium, Codic. de liber. præter.* Qua ratione, quia fœminis verba concedentis conueniunt, quasi inclusis emphyteusis negari non potest, siue secularis, siue etiam ecclesiastica illa sit. Vtrique enim conueniunt verba concessionis, quo fœminas comprehendant, vt post Paulum, & alios cum communi, resoluit Socinus *Iun. libro 4. consil. 79. numer. 5. cum sequentib.* resoluens, in hoc differre a feudo ecclesiasticam emphyteusim, quæ pro hæredibus concessa, vtriusque sexus hæredes descendentes comprehendit, quamuis feudum solis masculis deferatur, propterea, quod fœminę nominatim a feudi successione sunt exclusæ, quia seruitia bellica præstare non valent: vnde nisi nominatim vocentur, exclusæ sane videntur, cuius contrarium obtinet in emphyteusi etiam ecclesiastica, qua illæ non sunt indignæ, licet incaute Andr. Imola, & Iason. post Vincentium, vbi supra contrarium censuerint, communiter in ea traditione improbati, secundum Socinum, *in d. consil. 79. numer. 6. libr 4. post Alexand. in l. sed si hac. §. liberos, ff de in ius vocando, Ruin. consil. 24. nume. 9. & 160. num. 12. libro 1.* concordat idem Socinus, *lib. 2. consil. 104. numer. 4. & 5. tradit Beroius, quæstion. 18. & in capit. in præsentia. de probat. numer. 401. cum seq. idem Socin. iunior, consil. 71 numer. 25. lib. 1. Gozadin. consil. 20. numer. 7.* Quæ communis est, & sine scrupulo, tenenda sententia, quam latius prosequitur Socin. iunior, *in d lib. 4. consil 79. numer. 6. & 7.* respondens adductis in contrarium, quæ re vera per supra scripta, solutione non indigent: siquidem satis liquet, veram non esse Ioan. Andr. Vincen. Imol. & Iason. sententiam, credentium fœminas incapaces esse ecclesiasticæ emphyteusis, nisi ad eam nominatim vocentur ad instar feudorum. 10

Quod per suprascripta constat falsum, & contra communem scribentium traditionem esse. Nec quod diximus per l. Regiam, *titul. 62. §. 3.* masculum fœminas excludere, ad rem facit. Loquitur enim ille text. in emphyteusi concessa pro eo, qui nominabitur, & sic pro vno tantum, in qua specie statutum est, ibi masculum fœminam præcedere. Nos vero loquimur in emphyteusi hæreditaria, ad quam omnes filii hæredes sunt vocati, siue masculi, siue etiam fœminæ sint, dummodo non sint extranei, *vt d. consi. 79. vtiliter Socinus explicat.* Addens, *numero 21.* emphyteusim hæreditariam esse, quam vsus & praxis talem censet, quæ vtilis est traditio in his Regnis, in quibus pro hæredibus concessa emphyteusis, hæreditaria iudicatur, inter omnes diuidenda, saltem per æstimationem,

rionem, siue masculi, siue etiam fœminæ sint, iuxta formam l. Regiæ *lib. 4. tit. 77. § pen.*

11 Ex † quibus sic pertractatis vtiliter resoluendum est, proprie, & simpliciter loquendo, eam emphyteusim dici posse hæreditariam, quæ ad hæredes quoscunque, etiam extraneos, transire potest, qualis est profana, seu ab homine priuato concessa pro hæredibus. Hæc enim, ad quoscunque etiam extraneos hæredes transit, vt hoc § *fin.* probatur, ibi, *Passaraa a todos seus herdeiros.* Dictum est, *todos*, ne quis excluderetur, & sic extraneus, concordat Ord. *lib. 4. tit. 77. § pen. ibi: E os aforamentos perpetuos que algunas pessoas tomano pera si, & seus herdeiros, & successores, se hamo de partir por extimação antre os filhos, ou herdeiros.* Dictum est alternariue, *ou herdeiros*, vt significetur idem esse obseruandum, in extraneis hæredibus. Solet enim alternatiua poni inter diuersa *gloss. recepta in Rubr. ff. si ager vectigal. vel emphyteut petatur*, conuenit, & optima l. Regia, *d. tit. 77. §. fin.* vbi similiter huiusmodi emphyteusis hæreditariæ, partem vxori concedit iure communicationis bonorum, exemplo aliorum bonorum allodialium, seu liberorum, quæ solo altissimo decimam debere dicimus. Extraneam vero vxorem esse, nec suorum hæredum appellatione contineri, inconfesso est, & habetur *in tit. C. vnde vir & vxor*, secundum quem sensum illa lex Regia, plane probat bona emphyteutica pro hæredibus stipulata, a ceteris bonis patrimonialibus non differre, & propter ea communicari, quia & libere alienari possunt, & liberam dispositionem possidentis patiuntur, quod est proprium feudi, vel emphyteusis hæreditariæ, *vt tradit Decius, consil. 395. nu. 5. Sylua. cons. 30. nu. 26. Curt. iun. consi. 138. nu. 16.* Aliter minime possent, istæc bona communicari, nisi hæreditaria essent, ex l. Reg. *lib. 4. tit. 7. §. 2.* vbi bonorum feudalium, maioratuum, aut emphyteuticorum, possessio vxori negatur, quasi nihil prorsus, in illis habenti, ibi: *E esto que dito he, auera lugar nos beens comuns que hamo de ser partidos antre a molher, & os herdeiros do marido, & doutra guisa nano: ca se o marido ouuesse alguns beens feudaes, ou da coroa do Reino, ou de morgado, ou demprazamento, em que a molher nano fosse nomeada, por tal guisa que nano tiuesse direito, em tal caso nam ficara a molher em posse.* Ecce qualiter lex illa Regia, vxori emphyteusis communicationem, & possessionem negat, intelligenda necessario in emphyteusi pro filiis, seu liberis concessa, seu pro eo qui nominabitur, non hæreditaria. Hæc enim, per *d. §. fin. tit. 77.* communicatur, & eam pro parte adinstar aliorum bonorum patrimonialium, vxor retinet, & possidet, quæ vera & notabilis est ad eam l. Reg. declaratio, quam obseruandã esse, ex principio illius textus deducitur, ibi: *E esto que dito he, auera lugar nos beens comuns que hamo de ser partidos entre a molher, & os herdeiros do marido.* Quibus verbis, plane significatur, ea quæ statim subiiciuntur de emphyteusi, bonis coronæ Regię, feudis, & maioria, ad eam speciem trahenda esse, in qua emphyteusis non est hæreditaria, sed pro filiis, aut liberis concessa.

12 Quod † etiam deducitur ex altera parte alternatiuæ. Ibi enim id disponitur obseruandum, siue bona sint feudalia, coronæue Regiæ, siue etiam maioratus, aut emphyteutica, quæ omnia sine dubio hæreditaria non sunt, & consequenter ab omni communicatione exempta, quæ quia descendentes stipulantis, seu vasalli tantum respiciunt, in vxorem neutiquam transeunt, *Bald. in cap. 1. numero 13. de prohib. feudi. alie. per Federi. & in cap. 1. §. fi. in princip. de inuestit. de re alie. facta.* Quod adeo verum est, vt nec pro hæredibus concessum feudum capere vxor possit, *ex eodem Bald. in capite primo § donare, numero quarto, qualiter feud. alie. possit.* Ea est enim natura feudi, vt prorsus extraneos hæredes reiiciat. Quare nomen hæredis in concessione feudali appositum, stricte intelligitur pro descendentibus, *vt tradit Bald. in proœm. feud. numero 25. Prapos. & alii, in cap. 1. an agna. vel filius, numero 4. cum seq.* Dicitur enim pro hæredibus sanguinis facta concessio, non bonorum, *vt tradit etiam Bald. in cap. 1. §. & quia, sub numero 3. de his qui feud. dare poss.* Quocirca, quemadmodum l. illa Regia, in feudo, & sic in vna parte alternatiuæ loquitur, in re non hæreditaria, ita in altera parte alternatiuæ, & sic dum loquitur in emphyteusi, intelligi debet de emphyteusi, quæ non est hæreditaria, sed pro filiis concessa tantum, aut pro eo, qui nominabitur. Nihil enim magis iuri conuenit, quam vnam partem alternatiuæ, per aliam declarari *l. vtrum, ff. de peti. hæred. l. 1. ff. de rebus dubiis.* Ceterum, quod bona feudalia sint extra communicationem, vltra præcitata video Euerar. *consilio 53. quæstion. 2.* & Tiraquell, *libr. de morte, 4. par. declara. 5. numero* 8. Porro huius conditionis esse bona Regalia ad coronam Regiam pertinentia, de quibus ea l. loquitur, indubitati iuris est, ex l. *Reg. libro 2. titul. 17. Rebuff. in 2. to. ll. Fran. pagin. 355. gloss. fin.* Nec aliud obseruatur in bonis maioriæ, *ex Pala. in rub. de donat. inter vir. & vxo. §. 62. numero 11. & in l. 40. Tauri numero 18. tradit Mencha. lib. de success. resolu. §. 10. numero 34.* Quocirca, id necessario est emphyteusi, de qua ibi, tribuendum, vt hæreditaria non sit, qualis est illa pro liberis concessa, aut pro eo qui nominabitur, quod plane probat l. Regia. *d. titul. 77. § fin. infra hoc libr.* in hæc verba: *Pero se no contracto do aforamento for conteudo, que he dado pera elle, & pera seus filhos, ou pera seus descendentes, sem fazer mençano de herdeiros & successores, ou de herdeiros, ou successores, em tal caso non se partira, &c.* Ecce quam manifeste lex Reg. distinguit inter concessionem simpliciter pro filiis, aut descendentibus factam, & eam emphyteusim, quæ pro filiis hæredibus est concessa, illam negans diuidendam, & pro parte vxori esse concedendam, hanc vero, quia hęreditaria, concedens, ex ratione, de qua *supra.*

Ex † quibus sane verbis, tu viriliter resolue, in his Regnis, illam emphyteusim dici hæreditariam, quæ *pro hæredibus, & successoribus*, concessa est, vt probat lex Reg. *in hoc § fin dict. l. 4. titul. 77. §. 35.* vbi eadem verba repetuntur, quod tradit Paris. *libro quarto consil. 84. numero quinto Ripa, l. quæsitum, §. tutor, numero 3. ff. de priuileg. credi.* Quibus motos aliquando magni nominis viros vidi asserentes, in his Regnis pro hæredibus concessam, emphyteusim hæreditariam non esse, nisi etiam adiiciatur verbum *Successoribus.* Quorum sententiam ego non probo, ponderans verba, *d § fin. titul.* 77. supra proxime relata, ibi: *Sem fazer mençano de herdeiros & successores*, quibus verbis, ex *d. § 35. seu pen. titul. 77. & § fin. huius titul. 62.* sine difficultate inducitur hæreditaria emphyteusis, vt præfati au- 13

ctores dicebant. Quibus ego asserebam legenda esse verba sequentia, ibi, *Ou de herdeiros, ou de successores*, quibus proculdubio probatur, satis esse emphyteusim concedi pro filiis hæredibus, vel pro filiis successoribus, vt emphyteusis hæreditaria dicatur, tantum abest illa duo verba concurrere oportere, vt illi viri alias doctissimi arbitrabantur, qui bonam fidem statim agnoscentes nobiscum conuenerunt, a priore desistentes sententia.

14 Est † itaque in his Regnis hæreditaria censenda emphyteusis, pro hæredibus, & successoribus concessa, vel etiam pro filiis, seu descendentibus hæredibus, aut pro filiis successoribus stipulata: aliter si pro filiis, aut descendentibus, dempto nomine hæredibus, concessa sit, vtique hæreditaria non est, sed magis familiaris, seu ex prouidentia procedens, vt magistraliter loquendo nostri interpretes dicunt: quod sane ex dictis legibus Regiis, plane deducitur. Dicitur autem, ex eo hæreditaria, quia ab alio quam hærede, capi non potest, siue is filius sit, siue quisque alius, vt adnotarunt Couarru. *libro secundo resolut. capite 18. numero quarto* & Valascus, *illum sequutus, libr. de iure emphyteusis, quæstion. 43. numero primo in fin.* addentes illa verba, *siue quisque alius*, adiecta fuisse ad euitandam difficultatem, *capit. 1. in 2. par. an agnatus*, vbi habetur filium feudum, obtinere non posse, nisi patri hæres existat, quamuis hæreditarium feudum non sit. Quocirca, *vt in dicto loco* Valascus admonuit, defendi communis traditio non potest, quæ probat hæreditariam concessionem, esse, illam, ad quam obtinendam exigitur, quod filius hæres sit, siquidem feudum filius, nisi patri, hæres sit, obtinere non potest, *per d. caput prim.* etsi illud hæreditarium non sit: Qua ratione addendum est, siue alius, quam filius quisque sit, quæ sane adnotatio, soli concessioni feudali conuenire potest, in qua exigitur, quod filius hæres sit, vt feudum obtinere valeat, quod tamen nostri auctores irregulare esse fatentur, propter maximam sanguinis coniunctionem, & proximitatem successionis, quam filius habet erga parentem, attamen si emphyteuticam concessionem, & successionem respicias, vtique ea adiectio necessaria non est, quoniam nullo iure cauetur, oportere filium hæredem esse, vt emphyteusim consequatur, nisi illa hæreditaria sit.

Quamobrem, quia *d. Cap. 1. an agnatus*, ad emphyteusim, tanquam exorbitans, extendi non potest, simpliciter verum est dicere emphyteusim hæreditariam esse pro hæredibus concessam, seu pro filiis & hæredibus: siquidem obtineri non potest, nisi ab eo qui hæres sit, & ita legis nostræ dispositio iuris communis præceptis hac in re consentanea est. Quod intelligo verum, etiam respectu secundi membri, quatenus probat hæreditariam emphyteusim non esse, in cuius concessione, nulla hæredum facta mentio est, quod planum esse ex suprascriptis sane colligitur: siquidem probauimus, familiarem concessionem esse pro filiis simpliciter vel pro liberis, aut descendentibus factam, quod etiam Valasco placuit *quæstion. 43. numero secundo & 3. in fine.* Ex quibus ibi, *numero 6. & 7.* notabiliter infert l. Reg. *lib. 4. tit. 77. §. pen.* in hæreditaria emphyteusi, tantum loqui, & procedere non familiari, quod verum esse nos iam supra probauimus.

Infert † etiam controuerti manifeste posse hu- 15
ius l. Reg *in hoc titul. 62. §. 1. iuncto principio*, dispositionem, quatenus decreuit emphyteusim concessam pro eo qui nominabitur, pluribus hæredibus institutis, vni adiudicandam esse, ceteris pro portionibus hæreditariis satisfactis, quod durum mirumque esse vir doctissimus profitetur, quia cum ea emphyteusis hæreditaria per suprascripta non sit, pro portionibus hæreditatis diuidi minime debuit, sed magis pro virili ex Bartolo & aliis, quorum ibi meminit, *numero sexto*. At inquit l. ita est scripta probare autem l. illam pro portione hæreditaria faciendam esse diuisionem, plane liquet ex verbis legis ibi: *Partano entre si, assi como forem herdeiros*, idest, pro portione hæreditaria. Ego eam l. dispositionem, nec duram, nec admiratione dignam, vnquam censui. Considero enim, in ea specie omnes hæredes nominatos videri, & ad emphyteusim vocatos, ex sola institutione, in qua tacita quædã inest nominatio, *vt habetur in l. vnum ex familia, §. si duos, ff. de leg. 2.* Qua ratione, quia ex institutione omnes videntur vocati, nec ex ipsamet institutione colligitur, quis magis, minusue dilectus fuerit legislatori, rationi consonans visum fuit, pro modo dilectionis, & sic pro hæreditaria portione, cuique partem emphyteusis concedere, ne diuerso iure, in ea specie emphyteusis & cetera bona censerentur: & quoad emphyteusim æqualiter omnes vocati, quoad cetera vero inæqualiter: quod absurdum foret maximum, & contra defuncti mentem, qui cum de emphyteusi non disposuit, nominatim voluit, eam sicut & cetera bona, ad institutos hæredes peruenire nisi aliqua prædilectionis coniectura appareat, per quam emphyteusis, vni magis quam alii, adiudicari debeat.

Hinc † etiam indifficilem reputat dispositio- 16
nem l. Regiæ, *lib. 4. titul. 77. §. fin. ad finem*, quatenus vxori partem concedit emphyteusis mariti, & eius hæredibus, & successoribus concessæ, vel simpliciter, pro hæredibus, vel, pro successoribus, *vt constat ex verbis a nobis iam supra relatis*, quod iuris principiis repugnare ille tradit, quoniam, vt proxime resoluimus, vt quis emphyteusim hæreditariam consequatur, qualis est modo præfato concessa, oportet quod hæres sit, aliter emphyteusim non obtinebit. Vxor autem hæres non est marito, nisi omnes desint agnati, *vt habetur, in l. 1. Cod. vnde vir & vxor.* Ergo, extantibus hæredibus, submoueri omnino debet, siquidem hæres nec re, nec nomine esse potest.

Maxime, † si emphyteusis est ecclesiastica, quę 17
concessa pro successoribus descendentibus tantum, non aliis defertur, *vt docuit Rimin. consil. 437. num. 4. lib. 3.* & censuit Regius Senatus repugnante Gama, *quæstion. 50. numero 4. & 5.* Quamobrem, ne a iuris regulis, ea l. recedat, inquit Valascus, *in d. quæstion. 43. numero 9.* negari oportet, ibi adhærendum esse, argumento a contrario sensu, secundum quem l. illa probat emphyteusim concessam, pro hæredibus, aut successoribus vxori deberi, vt ex illius verbis patet, *Pero se no contracto de aforamento que assi foi feyto antes que casasse, for conteudo, que o dito aforamento he dado, pera aquelle a que foy dado.*

dado, & pera seus filhos, & seus descendentes, sem fazer mençano de herdeiros, & successores, ou de herdeiras, ou successores, em tal caso non se partira o dito aforamento antre o que viuo ficar, & os herdeiros do que se finar. Ergo per argumentum, a contrario sensu liquido probat diuidendam esse emphyteusim, partemque coniugi præstandam, quod argumentum, ne iuris communis correctio inducatur, negandum censet Valascus *in d. numero 9.* Quod tamen intelligens tutum non esse, communemque praxim, & horum Regnorum vsum, & obseruaoriam offendere, secundum quam sumpto illius l. argumento, a sensu contrario superstiti coniugi pars emphyteusis prædicto modo concessæ, tribuitur, *vt per Gamam, quæstion. 50. ad fin.* Addit, dici etiam posse, legislatorem intellexisse, huiusmodi emphyteusim, adiostar, & similitudinem aliorum bonorum patrimonialium, esse communicabilem, non ex vi clausulæ *pro hæredibus*, quia sub illa coniux non continetur, sed magis propter generalem Regni consuetudinem, totius substantiæ coniugis communicationem concedentem, secundum formam l. Regiæ, *libro secũdo titul. 47. § 1.* ibi, *De todos os beens, & libro quarto titul. 7. in princip. & § 1.* Qua ratione coniux emphyteusis partem obtinere debet.

18 Quia † bonorum appellatione illa comprehenditur *l. item prædia, ff. fam. her. l. rem in bonis, ff. de acquir. rer. dom. Socin. iun. libro primo consil. 71. numero* 38. hoc tamen verum esse arbitror in emphyteusi hæreditaria: secus si emphyteusis sit obtenta ab ecclesia pro se, & filiis, & nepotibus, tunc enim bonorum appellatione seu hæreditatis non continentur, secundum magis communem sententiam, *vt per Bartol. in l. item videndum, §. fin. de petit. hæred. & in l. quod dicitur, ff. de verbo. oblig. vbi Alexand. idem Alexand. consil. 100. numero sexto volum 1.* vbi per hoc consuluit, quod in legato alimentorum, de hæreditate, non computantur huiusmodi bona emphyteutica, seu illorum fructus. Prædictam ergo rationem, & interpretationem probo, intelligoque coniugem superstitem partem obtenturum huiusmodi emphyteusis hæreditariæ, tanquam habentem causam onerosam a defuncto coniuge. Continet enim bonorum communicatio, quendam reciprocum contractum onerosum emptioni, & venditioni similem, qualem socii omnium bonorum contrahunt, at quia bonorum communicationem, hæreditaria emphyteusis patitur, quemadmodum cetera bona patrimonialia, superuiuens coniux partem consequitur, quasi a defuncto in vita alieoatam, & post mortem *secundum formam l. Regia, per æstimationem præstandam.*

19 Quæ † sane resolutio, quæ communis est, restringenda necessario est ad emphyteusim secularem, quæ concessa iuxta formam l. Regię *pro hæredibus & successoribus*, hæreditaria est, simpliciter absolute loquendo, quia ad extraneos etiam hæredes transit, & in eos alieoari recte potest, quem admodum contingit in coniuge, secundum ea, quæ proxime adnotauimus, quod idem obtinet in concessione simpliciter *pro hæredibus facta*, aut *successoribus*, quæ similiter hæreditaria est, vt probatur in Ordi. *libro 77. § fin.* Prior vero resolutio, probatur *in hoc §. fin. titul. 62. & pen. d. titul. 77.* Hæc enim dicitur vere, & simpliciter hæreditaria emphyteusis, quæ ad hæredes quoscunque, etiam extraneos transire valet, vt nominatim in feudis adnotauit Socin. iunior *libro 1. consil. 72. numero. 22.* qui secundum communem nostrorum interpretationem, resoluit illud feudum dici simpliciter hæreditarium, quod ea forma fuit concessum, vt extraneos etiam hæredes, non remouere valeat, idque ex Panorm. Iaso. Alexand. Decii, ac Curtii, auctoritate, quos citat, comprobat.

20 Aliter † enim, si feudum, aut emphyteusis transire ad extraneos nequit hæredes (quemadmodum possuot cetera omnia bona, libera, & patrimonialia, quæ vere & simpliciter dicuntur hæreditaria) vtique hæreditaria simpliciter loquendo dici non valent, sed magis secundum quid, quem admodum contingit quando feudum, aut emphyteusis reperitur concessa pro filiis hæredibus, seu etiam pro liberis seu descendentibus hæredibus, aut pro hæredibus masculis, seu ex corpore descendentibus, quoniam, *vt iam supra diximus*, sic concessa emphyteusis, ad liberos dumtaxat restricta, etsi exigat quod illam petens hæres sit, neutiquam simpliciter loquendo hæreditaria dici potest. Quamobrem, iuste quidem Pinellus, & Iulius Clarus, a nobis iam supra citati, huiusmodi emphyteusim mixtam appellaot, intelligentes simpliciter hæreditariam dici non posse, vt *in d. loco* Socinus iunior resoluit firmans hanc communem sententiam esse.

21 Vnde † plane colligitur, in his Regnis emphyteusim profanam concessam, pro filiis, seu descendentibus hæreditariam dici non posse, vt iam supra adnotauimus, & fuit sententia, Bart. *in l. vt iusiurandi, § si liberi, ff. de operis liber. Alexand. cons. 19. lib. 5. & cons. 129. nu. 1. Decii, cons. 394. col. 3. Socin. iunio. qui alios refert, lib. 1. cons. 72. n. 24.*

22 Colligitur † etiam id verum esse, & procedere, etiam in concessione *pro filiis* seu *liberis, & hæredibus* facta, quæ similiter simpliciter loquendo hęreditaria dici non potest, siquidem ad extraneos transire non valet. Quocirca mixta magis dicenda est, vide semper Rubeum, *in l. Gallus, §. quidam recte ff. de libe & posthum. a nu. 164.* Obstat tamen Ordi. infra proxime citanda.

Colligitur etiam l. Reg. *in hoc §. fin. & titul. 77. §. pen. cum seq.* probantem emphyteusim pro hæredibus concessam, hæreditariam esse, ad eam tantum speciem restringendam, quando fuit emphyteusis concessa *pro hæredibus, & successoribus* seu etiam *pro hæredibus*, vel *pro successoribus*, in quibus speciebus, ea l. Regia nominatim loquitur, non vero quando fuit *pro filiis & hæredibus* data. Quo casu, vt supra proxime diximus, hæreditaria emphyteusis dici non potest, quoniam, ad extraneos hæredes transire non potest.

Caue tamen, quia verbis legis Reg. *d. §. fi.* vt decet perpensa, contrarium videntur probare. Ibi enim legislator, per argumentum a contrario sensu, plane probat hæreditariam, censendam esse emphyteusim *pro filiis & hæredibus* concessam, & consequenter partem illius coniugi superuiuenti negari non posse, ibi: *Ou pera seus filhos, & seus descendentes sem fazer mençano de herdeiros, nano se partira.* Ergo contrariũ sine difficultate pręsupponitur in ea l. Regia, obseruandũ in emphyteusi cõcessa,

pro filiis, seu descendentibus, & hæredibus. Cuius pars coniugi superstiti, negari non debet. Ergo sine dubio probat huiusmodi emphyteusim, simpliciter loquendo, hæreditariam esse siquidem ad vxorem transit, quæ extranea est, non hæres, aut successor, *vt iam supra adnotauimus.* At nihilominus contrarium obseruandum est, quoniam lex illa Regia, vt iam supra admonuimus, coniugi superstiti partem huius emphyteusis concedit, ratione communicationis bonorum contingentis, ex titulo oneroso, & societatis contractu, inter coniuges inito, cui stare filii hæredes, necesse habent ex reg. *l. cum a matre, Codic. de rei vind. & nos infra tractabimus.* Quæ est ratio, propter quam in ea leg. Regia exigitur quod in concessione fiat hæredum mentio, non vt propterea emphyteusis concessa *pro filiis & hæredibus* simpliciter, hæreditaria proinde censeri debeat.

23 Ea † igitur emphyteusis profana, hæreditaria censenda est, ad extraneos hæredes transitura, quæ pro hæredibus concessa est, vel etiam pro hæredibus, & successoribus, *vt in hoc §. fin. coniuncto tit. 77. §. pen & fin. probatur.* In emphyteusi vero ecclesiastica, contrarium necessario respondendum est, imo quod concessa pro hæredibus, simpliciter hæreditaria dici non potest, quia ad extraneos hæredes, vtique transire non valet, nec ab eis occupari.

24 Quod † verum esse exemplo feudalis concessionis deducitur. Hæc enim, pro hæredibus concessa, ad descendentes tantum restringitur, exposito verbo *hæredibus pro filiis*, per text. *in capit. 1. §. etsi clientulus, de alienat. feudi, vbi id Bald. & alii notant. idem Baldus, in l. etiam, in princip. versic. finali. ff soluto matrimonio, Calderin. consil. 15. ff de verborum signific. Ange. consil 110. colum. 3. versicul. 2. ostenditur, Soci. nepos,* qui alios referens, firmat communem, *consi. 72. lib. 1. numero 26.* Id enim naturæ feudorum tribuitur, quæ feudalem concessionem, descendentibus tantum acquirentis defert, eadem extraneis, sedulo negans, quo ardentius domini directi diligantur, & constantius in bello, & periculo constituti, ab eisdem defendantur, agnoscentes se, & parentes defunctos, vasallos esse, & feudi beneficio, ad fideliter, & diligenter seruiendum adstringi, qua ratio non tam compellit extraneus. etsi non desint, qui intelligant contrarium defendi posse, imo quod pro hæredibus concessum feudum, hæreditarium censendum est, *vt adnotauit Isernia, in cap. 1. an agna. in princip. Alexand. libro 5. consil. 19 colum. 2.* & quidam alii, quorum ad id meminit Socin. iunior. *libro 1. consil. 72. num. 2. & 3.* Quorum ego sententiam intelligo admitti posse, vt necessario debeant filius, & ceteri descendentes hæredes esse si volunt emphyteusim capere, secundum quem sensum, mixta hæc concessio dici potest, non simpliciter hæreditaria, siquidem ad extraneos transire, neutiquam potest per supra scripta. Hoc itaque exemplo, idem necessario in emphyteusi ecclesiastica, respondendum est, scilicet pro hæredibus concessam, simpliciter loquendo, hæreditariam dici non posse, quoniam ad instar, & similitudinem feudi, ad extraneos hæredes non transit, non ea, qua feudum ratione, sed quia omni spe consolidationis vtilis dominii cum directo fraudari ecclesia non debet quemadmodum fraudaretur si necessario ad extraneos hæredes, emphyteusis transire posset, siquidem vix sine hærede decedere quis valet, vt iam supra aduertimus.

Quapropter † emphyteusis ecclesiastica, sua pte natura extraneos non agnoscit, vt Imperator probat, *in §. emphyteusim, in auth. de non aliena.* per quem hoc ita adnotauit gloss. *in l. etiam, ff. solu. mat. Bal. in c. in præsentia, de probatio. n. 23. post Bart. in d. l. etiam, n. 2. & in l. si tibi decem, § si pactum, n. 9. ff. de pactis, idem Bart. in l. quod dicitur, n. 6. ff. de verbo. oblig. Alex. qui dixit communem, in l. si patronus, n. 24. versi. est tamen dubium, ff ad Trebel. Decius, in cap. in præsentia, de proba. nu. 48. & ibi Beroius, n. 386. Gozad consil. 39. n. 6.* qui etiam hanc communem esse testatur, *& Alex. cons. 23. nu. 10. lib. 1. versi. tertio pro hoc, Rimi. lib. 2. cons. 245. num. 18. Decius, etiam, consil. 171. n. 5. Bertius. q. 278. n. 7. Cur. iunior. cons. 180. n. 1. Couarr. lib. 2. resolu. c. 17. n. 5. Iul. Clar. lib. 4. sent § emphyteusis, qu. 28. vers. tertius casus,* firmat communem Afflict. *q. 100.* Quibus adde Ruinum, *lib. 1. cons. 117. n. 1. & cons. 158. n. 1. rursus, & lib. 3. cons. 109. n. 30. & cons. 68. n. 10. lib. 5. & lib. 1. cons. 163. n. 2. rursus & lib. 5. cons. 23. n. 34. & cons. 161. n. 68. & 9. & 25. 31. & 32. & 34. lib. 1. adde etiam Gratum, cons. 55. lib. 1. n. 8. Rolan. lib. 1. cons. 96. n. 4. Soc nepotem lib. 4. cons. 79. n. 5. & lib. 3. cons. 11. n. 1. cum seq. & cons. 71. n. 3. lib. 1. & cons. 124. nu. 9. & 71. Gamam, q. 72. nu. 1. Bursatum, cons. 48. n. 22. vol. 1. Ruinum etiam lib. 1. cons. 168. n. 2. & cons. 48. n. 70. Mansium, in l. cum virum, C. de fideicommiss. num. 51. versic. tertia conclusio, Alciat. regula. 2 præsump. fin.* Licet hoc non probet Iulius Clarus *lib. 4. § emphyteusis, q. 28. numer. 10.* qui nullibi in iure probatur, maxime per contractum donationis, inter viuos, *secundum Ias. in l. fi. C. de iu. emph. n. 74.* 25

Quamobrem, † exemplo feudi, huiusmodi emphyteusis ecclesiastica, *pro hæredibus* concessa, ad liberos restringi debet, ne quomodo ad extraneos hæredes transeat. Ita Iulius Clarus *libr. 4. recept. sent. §. emphyteusis, q. 28. n. 8. & 9.* firmans communem, licet plures referat in contrarium asserentes communem. Quæ vtilis profecto est resolutio, per quam lex Regia, *in hoc §. fin. iuncto §. pen. & fin. infra titul. 77.* (quatenus probat emphyteusim concessam, *pro hæredibus*, hæreditariam esse simpliciter loquendo, *vt modo diximus*) ad emphyteusim ecclesiasticam trahi non potest, quemadmodum neque ad feudum. 26

Quod † vlterius ex auctoritate Riminaldi, cuius *supra num. 17.* meminimus, non parum efficaciter comprobatur, dum resoluit emphyteusim ecclesiasticam *pro successoribus* concessam, solos descendentes respicere, *sequitur Valascus de iure emphy. quæst. 43. nu. 8. col. x. versic. hic tamen tradit Rolan. a Valle, cons. 96. num. 5. vol. 1.* vbi *num. 6.* idem resoluit in concessione *pro hæredibus, & successoribus*, cuius tamen contrarium probat Parisi. *libro 4. consil. 84. nu. 5.* Quo argumento idem est dicendum, quando emphyteusis est concessa *pro hæredibus.* Constat enim has concessiones, apud nos a lege Regia comparatas esse *pro hæredibus, & successoribus, vt hoc §. fin. iuncto §. pen. & fin. tit. 77. infra probatur,* licet de iure communi, in contrarium esse communem sententiam probet Alciat. *responso 44.* Quocirca, quemadmodum, concessio *pro successoribus*, secundum Riminaldum, & Valasc. restringitur ad descendentes, ne quo modo extranei comprehendantur: 27

dantur: ita etiam illa pro hæredibus concessio, ad eos restringenda est, vt nominatim probat Alcia. resp. 29. in princip. ex Alexand. consil. 27. libro 5. & Decio consil. 171. licet contradicat Socin. a Decio citatus. Quod maxime (inquit Alciatus) procedit quando dictum est emphyteusim concedi pro hæredibus, & successoribus vtriusque sexus, ex Alexand. libro 5. consil. 10. Decio, consil. 208. Curtio, de feudis 3. parte, q. 17.

28 Ratio † prædictæ sententiæ est, quoniam comparatorum idem prorsus est iudicium, & æqualis iuris dispositio, etiam si materia sit odiosa & restringenda. gloss. in cap. si postquam, de electio. in 6. & ibi DD. tradit Negusantius, de pignor. 4. membro 2. par. nu. 23. Soci. in consil. impresso post titul. ff. de verbo. oblig. nu. 3. Panorm. in ca. fin. de mut. petitio. nu. 10. Iason. in §. ex maleficiis, de actio. nu. 39. cum seq. & in authentic. quas actio. C. de sacros. eccles. num. 19. & in l. transigere, num. 15. Cod. de transact. tradit Tellius, in l. 4. Tauri. num. 25. Ex quibus proculdubio resoluendum est, emphyteusim ecclesiasticam pro hæredibus, aut successoribus simpliciter concessam, hæreditariam non esse, siquidem transire ad extraneos hæredes non potest: quod cum ita sit merito quæri potest, quãdo dicetur emphyteusis, simpliciter loquendo, hæreditaria.

29 Et † meo quidem iudicio, illa dici hæreditaria emphyteusis potest, quæ pro hæredibus, seu successoribus quibuscunque, concessa fuerit. Hæc enim verba, & quæuis alia similia apta sunt, comprehendere hæredes etiam extraneos, qua ratione feudum, & emphyteusis, sub ea forma concessa propriam naturam non habere dicuntur, & consequenter simpliciter loquendo hæreditaria sunt, quia ad extraneos hęredes, trãsire libere possunt, vt nominatim Socin. nepos. post alios resoluit, consil. 72. lib. 1. num. 22. cum seq. Crotus, in l. 1. §. nuntiatio ff. de noui ope. nuncia. num. 54. cum seq. Roma. in l. 1. ff. solu. mat. nu. 3. Alex. consil. 195. perspectis, colu. 3. vol. 6. Communem, esse. & consuetudine obseruari, firmat Thobias, consil. 2. nume. 30. Valascus, q. 49. nu. 9. ita Rimin. libr. 2. consil. 245. n. 12. & 14. Gozad. cons. 14. n. 22. Burs. consil. 22. n. 6. & 15. tradit ab omnibus receptum firmans, & Syluan. cons. 30. ante nu. 26. cum seq. Ripam. & alios, refert Pinellus, in l. 1. C. de bon. mat. 3. par. ante n. 89. tradit Felin. in c. in præsentia, de proba. n. 26. & ibi Decius, n. 48. Iaso. in l. Gallus. § etiam, n. 16. cum seq. ff. de libe. & posthu. Brun. cons. 24. nu. fin. Decius, consil. 78. nu. 6. & consil. 185. post nu. 2. Iaso. in l. quædam, §. 1. num. 3. ff. de edendo, Gigas qui testatur communem, lib. de pensio. quæst. 19. n. 2. Iason. in l. 2. § prætor, num. 6. ff. qui satisda. cogan. Rolan. consil. 5. num. 37. & 46. & consil. 96. num. 11. cum seq. & nume. 28. cum seq. & 45. & consil. 42. n. 14. Couarr. lib. 2. resolu. c. 17. n. 5. col. antep. in medio. vbi plures alios citat & Soc. li. 1. cons. 19. n. 4.

30 Nec † hoc mirum est, siquidem & concessio pro quibus dederis, extraneos includit, vt iam diximus, q. 10. num. 14. Roland. consil. 96. num. 33. lib. 1. Menochius, consil. 41. num. 26. Curt. iun. consil. 4. num. 4. & consil. 109. n. 11. in fin. & consil. 110. nume. 27. Bursat. consil. 22. nu. 15. vbi tradit per totum maxime, nu. 3. quod etiam includit fœminas. & nu. 16. & communem dicit Alciat. responso. 176. n. 1.

31 Clausulam † etiam quibus dederis, efficere concessionem hæreditariam, & alienabilem voluit Curt. iun. consil. 109. num. 11. in fin. & clarius, 110. nu. 27. Craue. cons. 84. n. 10. & 92. n. 6. Rum. cons. 119. n. 20. libr. 2. Calca. 57. nu. 11. Menoch. cons. 61. n. 3. & n. 4. vbi num. 1. idem concludit obseruandum stante clausula, quod faciat de re concessa, quod sibi placuerit, tradunt Socinus, consil. 252. col. pen. q. 2. lib. 2. Craue. consil. 356. col. 3. versic. sed hic dubitatur, Decius. consil. 171. col. 2. & Curt. iun. consil. 4. nume. 4. quibus adde Soci. consil. 3. nume. 24. lib. 3. Thom. Gramma. decisio. 103. num. 119. Paris. libro 3. consil. 71. num. 42. Alcia. respon. 39. nu. 3. & responso. 44. rursus. & 138. nume. 3. & diffuse Iaso. consil. 115. col. 2. cum seq. lib. 2. præsertim, in versicul. primum funda. Qui omnes intelligunt huiusmodi clausulam hæreditariam efficere concessionem, & ad hæredes omnes etiam extraneos transmissibilem, ita Iulius Clarus, lib. 4. verbo, emphyteusis, qu. 18. num. 6. pen. & fin. Quod maxime obseruandum est, vbi hæredum fuerit facta mentio, quia videtur dominus hæreditariam concessionem fecisse, secundum Decium, consil. 445. Craue. consil. 197. num. 5. in fin. Menoch. consil. 61. nu. 6. vol. 1.

32 Verum † in dubio feudalis concessio, magis ex prouidentia, quam hæreditaria censenda est, vt tradit Alexand. cons. 19. n. 5. lib. 5. Ias. in l. 2. n. 188. Cod. de iure emphyt. Decius, consil. 78. col. pen. Hippol. sing. 160. Curt. iun. consi. 1. nu. 11. Socin. iun. consil. 42. n. 3. lib. 3. Paris. cons. 23. n. 134. lib. 1. & Goza. consil. 4. num. 26. Couar. lib. 2. c. 18. num. 3. & 4. versic. deciditur, Menoch. in d. consil. 61. n. 9. qui tamen testatur, quam plures contrarium tenere.

33 Porro † vbi concessio, solum, de filiis & nepotibus meminit, neque hæredum in ea reperitur facta mentio vtique hæreditaria censeri non potest ex Isernia in c. 1. §. hoc quoque, n. 7. de success. feudi, & in c. 1. in princ. an agna. Alex. consil. 26. nu. 3. & cons. 28. n. 18. libr. 5. Decius, cons. 185. n. 3. & cons. 208. n. 7. rursus, & cons. 239. nu. 4. versic. sed prædictis, vbi hoc idem probat, quando concessio fuit facta pro liberis & successoribus quibuscunque masculis, & hanc testatur esse communem. Concordat idem Decius, cons. 411. n. 1. & 445. n. 8. Rum. 162. n. 12. lib. 2. Alciat. resp. 483. n. 4. & 592. n. 1. Curt. iun. cons. 109. n. 14. Rubeus, 85. nu. 4. & cons. 110. n. 7. clarius idem Rube. cons. 164. num. 12. Goza. cons. 84. n. 15. Soci. iun. cons. 73. n. 14. & cons. 76. n. 2. lib. 1. idem, cons. 112. n. 8. lib. 2. & cons. 42. n. 3. & cons. 95. nu. 69. lib. 3. Rolan. qui plures refert, cons. 67. n. 25. lib. 1.

34 Quæ † omnia sane procedunt, si addatur clausula, saluo iure feudi, quæ quidem restringit concessionem, ad naturam feudi, etsi facta sit concessio, pro quibus dederis, vt nominatim resoluit Curt. iun. cons. 130. n. 7. & persensit Craue. cons. 92. n. 6. Menoch. plane cons. 61. n. 17. cum seq. Est enim illa clausula, saluo iure feudi, modificatiua, Deci. cons. 284. n. 2. in fi. & cons. 656. n. 6. Alcia. resp. 101. n. 11. Quapropter per eã dicitur pręseruata natura feudalis, secundum quã concessio censenda est familiaris, non hæreditaria, vt in d. loco explicat Menoch. quæ vtilis est resolutio, ad l. Reg. lib. 2. tit. 17. vt non videatur recessum a legis mentalis dispositione, si forte contingat amplissimis verbis terras Regiæ coronæ principem nostrum donare, adiecta clausula, saluo iure Regiæ coronæ, Restringuntur enim illa verba, per supra scripta, & consequenter, erit obseruanda dispositio, legis mentalis.

35 Verũ, † quia concessionis verba, ita sunt interpretanda, vt aliquid operentur, vt tradit Bal. in Rubric. Codic. de contrahen. empt. quæstion. 9. ne illa verba, & quibus dederis, seu quibus volueris dare, ad-

iecta ociose videantur in specie nostra Rubeus, *cons.110.num.5.* respondet satis esse, quod illa verba aliquid minimum operentur. Operabuntur autem, quod de re modo supra scripto concessa poterit possessor disponere, illam vni prælegando, in præiudicium aliorum filiorum, seu agnatorum, vt nominatim resoluit Soci.iun. *libr.1.consil.72.num.17.& consil.160.nu.39.lib.2.Gozad.consil.26.n.2.& cons.71.n.2.Paris.cons.106.nu.4.libr.1.clarius Alcia.responso 481.nu.20.& 22.& Menoc.d.cons.61.n.21.volum.1.* Secundo operabuntur dicta verba, quod poterit possessor rem sic concessam alienare, in fauorem cuiuslibet de familia, petita minime domini directi licentia, *vt voluit Rube.cons.110.n.11.in fi. sequitur Menoch.d.cons.61.num.23.cum seq.& Bellonus, cons.33.n.5.& Calca.cons.51.n.9.& 10.* Iuuat hanc sententiam Soci.iunior *cons.103.lib.2.n.28.* qui loquitur in concessione facta *pro quibuscunque hæredibus*, & respondet ad extraneos transire non posse, quando alium effectum, illa verborum generalitas producere potest. Concordat Decius, *cons.185.n.4.& cons.208.col.pen.vers.secundo respondetur & Menoch.cons.61.nu.25.* vbi respondet, DD. contrarium resoluentes posse procedere in casu claro, quando verba alium non valent operari effectum, *vt ibi copiose prosequitur.*

36 Illa † enim vniuersalis locutio, *pro quibuscunque hæredibus* omnes indifferenter includit, nec vllam restrictionem patitur, *vt habetur in c.soluta, de maio.& obedi.circa fi.& in c.sciant cuncti.de elect.in 6 & in l.quicunque, C.de seruis fugit.cum alijs quæ tradit Gigas, d.q.19.& Gomez.in Regula de triennali posse quæst.2.* vbi quærit, an illa regula tueatur etiam illegitimum, seu bastardum possessorem, sumpta occasione, ex verbo, *quicunque*, de quo in regula, cuius etiam occasione an defendet monachum, *tradit Felin.cons.44.& Paris.lib.4.cons.96.Rebuf.de pacif.nume.172.* Illa enim clausula, *quibuscunque*, pinguis est, includens omnia, alias exceptuata, *vt tradit Quint.in regu.5.Chan.quæst.3.pagin.74 & regu.12.quæst.6.numer.8.* Qua ratione Marcus Antonius *libr.de compromiss.q.1.nume.42.* notabiliter, resoluit, quod verba illa, *quibusuis diebus*, includit etiam dies festos. & clausula *quod possit legitimare quoscunque bastardos*, includit etiam infantes, *Rolandus cons.61 n.34.lib.1.* Sic etiam clausula, *quibusuis mensibus conferas vacantia beneficia*, includit menses ordinarios, alias semper exceptos, nisi eorum fiat expressa mentio, *vt tradunt Gom.lib.de expectatiuis post n.16.fo.268.Staph.de literis gratiæ, pag.4.ad fi.& Cassad.de rerum permu.qu.1.post n.3.Socin.lib.2.consi.260.n.8.col.2.ad fi.cum seq.Rebuf.de nominat.q.16.n.31.* Nihilominus tamen si cui detur potestas, conferendi vacantia, *quibusuis mensibus*, poterit conferre, etiam vacantia in mensibus ordinarii, propter verborum generalitatem, quæ omnes menses includit *Bar.& DD.in l.1.ff.de vulgari.* qui notabiliter, resoluit verba generalia, omnia comprehendere, quasi expressa fuerint, *tradit Ias.ibi, nu.15.* id firmans obseruandum, tam in vltimis voluntatibus, quam contractibus. Qua ratione, quoties Papa concedit, *potestatem conferendi beneficia seu optandi, in quibusuis mensibus vacantia*, vtrique comprehenduntur, etiam menses ordinarii, seu ordinariis collatoribus, per regulam chancellariæ concessis, quod Regius Senatus Mensæ Conscientiæ aliquando apud nos decreuit in fauorem induli Regii a Pio Papa IV. obtenti, quo serenissimo Regi concessit in singulis cathedralibus ecclesiis horum Regnorum, binos canonicatus, & præbendas, pro graduatis in Conimbricensi academia, ab eodem Rege præsentandis. Contingit enim peritissimum doctorem, & virum integerrimum Petrum Georgium a Sylua, (cum quo mihi vetus familiaritas, & necessitudo intercedit) curiæ Braccarensis Vicarium generalem, per resignationem Didaci Dandrade canonicum Braccarensem, vacantem canonicatum, & præbendam obtinuisse ordinaria auctoritate, Regemq; nostrum vigore dicti indulti, ad eandem præbendam, præsentasse magistrum Altarum a Fonseca, sacræ paginæ professorem, cui negari collationem debere Archiepiscopus Braccarensis contendebat, intelligens per supra scripta, d. indulti verba, & facultatem, non comprehendere vacantes canonicatus, & præbendas in mensibus ordinariorum, quemadmodum vocauerat ea, de qua agebatur in mense ordinario resignata.

In † contrarium pro Serenissimo Rege nostro 37
vrgens ratio adducebatur, quod sibi in indulto concesso, apposita fuerit clausula, *quibusuis mensibus vacantia*, quæ vniuersalis est, omnes menses comprehendens, etiam ordinarios *per supra scripta, & per ea, quæ tradit Quint.in reg.Chancell.19.q.16.in f.* vbi probat clausulam *quauis auctoritate*, comprehendere etiam ordinariam *facit Affl.in c.in generali, n.22.si de feud.fuer.contr.* vbi concludit, quod clausula, *quæcunque bona*, includit etiam feuda, alias excludenda, & de clausula, *quacunq; forma*, agit Corn. *lib.3.consil.121.in princip.* Conueniunt multa similia, quæ tradit Rolan. *lib.1.cons.1.num.44.cum præced.a numer.35.* conueniunt quæ tradit Rota *noua 28.de clausula, quocunque modo vacet*, & alia quæ nos iam supra adduximus. Nec hoc mirum, si consideres, verbis vniuersalibus vtentem censeri nominatim exprimere omnia contenta, seu comprehensa, sub ea verborum generalitate, *l.si chorus ff.de lega.3.Bald.& alii, de quibus per Affl.in cap.1.numero 4.de noua forma fideli.gloss.prag.sanctio fol.154.col.1 Guliel.in c.Raynut.verbo, si absque liberis, in 2 numer.14.cum seq.Peralta, in l.cum ita, §.in fideicommisso, ff.de leg.2.post n.5.pag.353.col.1.post medium.*

Verum his non obstantibus, quidam ex Senatoribus, quos ea tempestate grauissimos, & iurisconsultissimos ille Senatus habebat, in fauorem ordinariorum, multa scripserunt. Quibus plane ostendebant illud indultum ordinariis collatoribus non nocere, neque in eorum mensibus vacantes canonicatus, & præbendas ligare, quorum visis allegationibus, Catholicus Rex, quindecim ex Theologis, & in iure Pontificio, excellentes viros congregari fecit ad quæstionis decisionem, quorum sex ordinariorum causam, probarunt reliqui, in contrariam inclinarunt sententiam tanta est Regiæ maiestatis vis & potestas. Vt igitur ad institutum reuertamur, concludo emphyteusim ecclesiasticam, *pro quibuscunque hæredibus*, hæreditariam esse vere, & simpliciter loquendo. Siquidem ad extraneos hæredes transire potest ad instar aliorum bonorum, allodialium, seu liberorum.

Quod † idem obtinet in emphyteusis concessa 38
pro omnibus hæredibus, quia qui omne dicit nihil excludit,

cludit, vt iam supra cum Decio diximus, *q. 22. n. 13. tradit Rolandin, consil. 96 numer. 30. cum seq. lib. 1.* Licet contrarium probauerit Bald. *in cap. 1. §. donare, col. 2. qualiter olim feudum pot. alie.* vbi notabiliter inquit, quod illa clausula *quibuscunque hæredibus*, non alterat naturam feudi, & consequenter, quod non operatur ad hæredes extraneos transmissionem. Restringitur enim illa generalitas, ad hæredes habiles, quales feudalis materia postulat, vt est textus notabilis, *in l. 2. §. prætor ait, verbo, qualiscunque, iuncta gloss. verbo, facultatem, ff. qui satisda. cogantur*, & ibi notant Doctores quod licet verba vniuersalia, *quæcunque*, & alia similia, plus soleant operari, quam simplicia, quia geminata sunt, *vt habetur in l. balista, ff. ad Trebell.* restringi nihilominus debent ad habilia, quocirca in terminis nostris videtur resoluendum, concessionem illam, *pro quibuscunque hæredibus*, restringendam fore ad descendentes non ad extraneos extendi, quos subiecta materia repellit. Quo argumento & ratione procedit, quod post gloss. ibi, Bartol. obseruauit, 1. *notabil. in l. etsi instrumenta, Codic. de fide instrumen. libro 10.* firmans clausulam *quacunque probatione doceas*, restringendam esse, ad idoneam probationem, & sic habilem, & fidem indocentem. Quamobrem, idem videtur respondendum in concessione *pro quibuscunque hæredibus*, facta, vt restringatur ad hæredes habiles, & sic ad non extraneos, quemadmodum Bald. in dict. loco voluit, quem sequuntur Aretin. & nouiores, *in l. Gallus, §. etiam, ff. de libe. & posthum. & Decius, in cap. in potentia de proba numer. 48. Barbat. late ibi 1. consil 63. & in cap potuit, de locato, colum. 9. & 10. Alexand. consil. 30 lib. 1.*

39 Nec † dicas, quod secundum hunc sensum, illa vniuersalis, *quibuscunque* seu *omnibus*, nihil prorsus operatur contra doctrinam Bald *qu 9. in Rubr. C. de contrah empt.* resoluentis nullum prorsus verbum stare posse, absque virtute aliquid operandi, quoniam responderetur, eam generalitatem inducere, quod transire huiusmodi emphyteusis possit ad hæredem, particularem bonorum possessorem, & fideicommissarium, tradit *Iason in l. 2. num. 237. C. de iure emphyt. & Decius, consil 173 colum. 3. vers. non obstat, & consil. 185. col. 3. in fine. & consi 193 col 4. vers. non obstat fundamentum, rursus, & consi 208. col fin.* quod cum illa vniuersalitas operetur otiose scripta, dici non potest, & consequenter nihil obstat, quominus illa verba restringamus, ad descendentes exclusis extraneis, quasi non comprehensis.

40 Quæ † sane traditio, eo præcipue iustificatur, si consideres ecclesiasticam emphyteusim, secundum iuris præcepta, ita concedi, non posse, vt ad extraneos hæredes transeat, etiamsi in perpetuum concedatur, *iuxta text. in § licentiam, in auth. de aliena. & emphy.* vbi Iustinianus concessit emphyteusim ecclesiasticam perpetuam, & in infinitum duraturam, posse constitui, sed in fauorem dumtaxat descendentium, non extraneorum, iuxta formam text. *in § emphyteusim, in authentic. de non alie.* vbi in fauorem tertiæ tantum generationis fuit permissum ecclesiæ, posse bona sua in emphyteusim dare, quam licentiam idem imperator in *d. § licentiam*, extendit in infinitum seruata tamen hæredum qualitate, & sic descendentium, circa quam nihil omnino Imperator immutauit, *secundum Ioan. Andr. Panormitan. & Decium, in cap. in præsentia, de probat.* vbi Decius testatur hanc traditionem communiter approbari & eam tenuit Bald. *in l. etiam, ff. sol. matr. quem sequitur Alexand. consil. 9. col 3. versicul præterea, & in versic. & pro ista parte*, vbi hanc dicit magis communem, & veriorem sententiam esse, secundum quam text. dispositio, *in d § emphyteusim*, solum corrigitur, quoad tempus, non vero quoad hæredum qualitatem, per text. *in d § licentiam, quod etiam adnotauit Gozadi consil. 39. num. 8. versic. non obstat secundo, & Ruin. consil. 461. nu. 11. qui testatur communem, lib 1.*

41 Quæ † resolutio, etiam comprobatur, si consideres, quod aliter hæc emphyteusis, ad fiscum necessario transibit, qui loco extranei hæredis habetur, & ea consequitur, quæ extraneus hæres obtenturus erit, *l. iura libertorum, ff. de iure patr. Alexand. consil. 49. numero 10 libro 6. Bald. Imola. & Paul in l. si insulam, in princip ff de verb. oblig Hippol. consil. 59. nu. 32. Ruin consil. 117. column. 2. lib. 1. & consil. 155. col pen. & 161. col. 2. eo lib.* Quod sane absurdum est & contra dispositionem text *in §. 1 auth de alie. & emph. Bart. & alii, in l. si finita. § si de vectigalibus, ff. damno infe. Alex. cons 23 col. 2 libr. 1. tradit Soci consi. 1. 1. n 18. lib. 4. Decius, cons. 442. col pen. in princ. & Ruin. cons. 155. col. 4. in prin lib. 1.*

42 Quo † etiam argumento, & ratione nec ad fideicommissarium extraneum, transit Alexand. & alii *in l. si patroni ff ad Trebel. Bal. in l. cum virum, Cod. de fideicomm. Alexand. cons. 11. col 8. vers. sed præmissis, lib. 3.* qui firmat communem *& Ruin. cons. 28. nu. 4. libr. 5.* quod intellige, nisi si hæreditaria, pro quibuscunque hæredibus concessa, *Riminal. lib. 2. cons. 245. num. 14 & cons. 239. per tot.* Ex quibus profecto deducitur vera traditio, emphyteusim ecclesiasticam, ad extraneos hæredes non transire, vt Alex. & DD. communiter resoluunt *in l. etiam. ff. solut. mat & in l. quod dicitur, ff. de verb. obliga. Paris. cons. 98. col 1. lib. 2. communis secundum Imola, in l ex facto. ff. de hæred. instit. Afflict. q. 100. Barba. cons. 63. col antepen. lib. 1. Curt. iun cons. 110. colum. pen. Gozadi cons. 75. column. 2. Ruin. cons. 158. col. 2. lib. 1. & cons 174. col 1. eod. lib. rursus, & lib 3 cons. 109. num. 30 & lib. 5 cons. 23. num. 24. atque etiam, cons 68. col pen. eod. lib. Turza lib. opin. comm. concl. 73. Rimin. firmans communem, lib. 3. cons 437 nu. 3. & 4. & Socin. iun. cons. 71. colum. 2. libr. 1. Alexand. cons. 87. col. 1. lib. 7.* vbi testatur, hanc veram esse & communem sententiam, omnino in foro sequendam per tex. expressum, *in d. §. emphyteusim, de nō alien.* cuius verba vitari nō possunt. Nisi dixeris illiū tex. dispositionem correctam esse per text. *in § licentiam, de aliena. & emphyteut.* quatenus concedit posse ecclesiam bona, quæ habet in perpetuam emphyteusim concedere, & consequenter in ea forma, quæ possit ad extraneos transire, aliter perpetua dici non potest, siquidem descendentes quandoque deficiunt. *gloss § adeo, institut. locati, & in authentic. si quas ruinas, Cod. de sacros. eccles.* quam ibi probant Iacob. de Belluiso, & Angel. atque etiam Bald. *in l. 2. Cod. de iure emphyteut.* intelligens proinde ecclesiam emphyteusim ita posse concedere, vt ad extraneos hæredes transeat.

43 Quam † sententiam nimis fouet eorum consideratio, qui eā restringunt ad casum, quo cōcessio facta fuit obseruatis ad vngē statutis, a iure solem-

nitatibus in bonorum ecclesiæ distractione necessariis, de quibus *in auth. hos ius porrectum, Cod de sacrosf.eccles & in c.fine exceptione 12.q.2.* Nam quemadmodum inquiunt, pleno iure alienari bona ecclesiæ possunt, etiam quoad proprietatem, ita & multo magis possent quoad vtile dominum dumtaxat, perpetuo ab ecclesia in emphyteusim concedi, *vt voluere Imol. Panor. & Feli. in c.in præsentia, de proba. Corn.lib.3.consi.13.& consi.100.lib.4.in prin. Soci. consi.266.lib.2. Alex alios referens, cons.9.col.2.vers.quod autem, lib.2. Grattus, cons.55.lib.1.nu.28. Cephalus, lib.1. cons.9.n.8.& 9.& ante n.27. Ruin.in cons.117.n.16.lib.1. & cons.155.ante n.13. bona addi. Alex.lib.5.cons.129.n.1. Couar.lib.2.resol.cap.17.col.ante p.ad fin. Menes.in l.cum virum, C.de fideicomm.prope fin.* qui firmat post alios communem esse, & quasi indubitatum, *tradit Rubeus, in l.Gallus, §.quidam recte, ff de libe.& post nu.195. & 202.& 204.& Alciat.responso.7.n.1.citans inter alios Curt.iun.cons.4.Goza.86.*

44 Cuius † tamen contrarium, imo quod ecclesia non potest ita bona sua in emphyteusim concedere, vt in perpetuum valeat ad hæredes extraneos transire contra Bald. *in d.l.2. C.de iure emphy.resoluunt Alex.in d.l.etiam, ff.soluto matr.post Ange.Imol. & Panorm.quos citat, & in cons.9.col.2.& 3.lib.2.Decius, in c.in præsentia, de proba.n.1.& cons.171.col.pen.in fi. Goza.cons.39.col.2.& Ruin.cons.161.col.3.in prin.* secundum quorum sententiam texr. *in d. §. emphyteusim* correctus hodie non est, quoad successorum qualitatem, qui esse debent descendentes, *vt proxime adnotauimus*, non etiam obseruantia solemnitatis obstat, quoniam ea traditio stare non potest, siquidem præsupponit posse sine iuris solemnitate, in tertiam saltem generationem rem ecclesiæ concedi, quod defendi non potest. Quamobrem probabilior sententia videtur, emphyteusim ecclesiasticam, neutiquam, sub forma concedi posse ad hæredes extraneos, transmissibili, & consequenter clausulam illam, *pro omnibus heredibus*, seu *pro quibuscunque heredibus*, restringendam esse ad descendentes, ne quo modo extraneos comprehendat.

45 Ceterum, † quia obstant tam multæ a nobis supra relatæ auctoritates, & iuris præcepta, auderem minime in iudicando, & consulendo a communi sententia recedere, quæ habet concessam emphyteusim, *pro omnibus heredibus*, vel *pro quibuscunque heredibus*, vere, & simpliciter loquendo, hæreditariam esse, quia ad hæredes potest etiam extraneos transire, *vt supra citati auctores probant*, intelligendi necessario quando emphyteusis iuris præcedente solemnitate concessa est. Nam quemadmodum potuit pleno iure res ecclesiæ eo modo distrahi, poterit & multo magis in emphyteusim, ita concedi, ne vnquam ad ecclesiam reuertatur.

46 Nec † mirum, quoniam vt Rolandus, *lib.1.cons.96.n.45.cum seq.* adnotauit, emphyteutica concessio pacta patitur extranea, & naturæ emphyteusis contraria, *vt habetur in §.adeo, instituti.locati, l.1.cum gloss.verbo, omnibus, & ibi Bald.C.de iure emphyt.* Quod etiam in feudis, obseruatur, quorũ natura familiaris est, & nihilominus ex pacto ad extraneos transire valet, *vt iam supra adnotauimus, & habetur in cap.1.§.hoc quoque, per Bal.de success.feudi, Brunus, consil. 40.col.3.in fine cum seq.* Neque te moueat ille text. *in d.§.emphyteusim, de non alien.* quo tanquam firmo baculo nituntur, contrariæ sententiæ auctores, quoniam loquitur & procedit specialiter in ecclesia Constantinopolitana Non etiam moueat, quod diximus verba, quamuis vniuersalia restringenda esse, ad personas habiles, seu ad habilitatem ad actum, de quo agitur, necessariam: quoniam si Bald. credimus, *in l fi.col.1.Cod.fine censu.* ea resolutio solum procedit, quando verba a lege proferuntur, quæ ne inducant iuris correctionem, contra tradita *in l.vni. C.de inoff.do.& in c.cum expediat, de electione, in 6.* ad habilitatem, secundum subiectam materiam, necessariam restringuntur.

Quæ † ratio, quia in hominis dispositione cessar, in ea contrarium obseruari debet, sequuntur Bald. Ias. Cur. & Felin. quorum meminit Rolan. *lib.1.cons.96.n.48.* quorum & ipse doctrinam probat, & Ripa *l. quæsitum, §.si quis tutor, ff. de priuilegiis credit.n.6.* Porro quia plura alia in hac vtili materia concessionis, emphyteuticæ ab ecclesia facta, passim traduntur, nonnulla alia hic aduertere libuit. 47

Et † imprimis adnotandum est, quod bona ecclesiastica, quemadmodum non possunt in emphyteusim concedi, quia alienationem talis concessio continet, quæ regulariter interdicta est prælatis, *vt habetur in c.nulli, de rebus ecclesiæ, § alienationis, in auth.de non alien.coniuncta l.fi.Cod de rebus alien non alienan.* ita prohibita sunt locari ad decem, & plures annos, quoniam & huiusmodi ad longum tempus facta locatio, alienatio est, *vt habetur in Clementi 1.verbo.locationes, & ibi Cardin.ad fin.de rebus ecclesiæ, DD.in §.adeo.instit.locati, Decius, Alexan.& alii,* quorum ad id meminit Valasc. *de iure emphyt.q.29. num.8.* 48

Conuenit † enim in effectu, emphyteuticæ concessioni, ad longum tempus locatio, *vt tradit Benincas.in §.omnium, de actio.n.42.Sylua.cons.47.nu.4.Ias.in l.1.C.de iu.emph.n.34.Bertran.lib.2.cons.311.n.4.& latius lib.2.cons.126.in princ.Iason in auth.qui rem, Cod.de sacrosf.eccle.col.3.tradit alios referens Valascus, de iure emphy.q.29.nu.19.* quibus adde Ruin. *lib.1.consil. 57.num.1.& 161.n.22.cum seq.eod.lib.* Qua ratione hi contractus locationis, ad longum tempus, & emphyteuticus a nostris auctoribus passim comparantur, intelligentibus eodem iure censendos esse, nisi aliqua diuersitatis ratio aliud postulet, *ex regula l.qui nec ff.de rebus eorum, gloss.in l.si quis seruo, C. de furtis, Aret.in l.ex facto, n.5.ff.de vulgar.notab.5.Aretinus etiam, in cons.55.n.2.vers.in contrarium, & in princ. numeri Decius, in auth.qui rem, col.2.in prin.& Alexan. cons.117.lib.4.n.11.Fulg.cons.240.Socin.cons.167.Tiraq. lib.1.retract.§.1.gl.14.n.84.* qui idem notabiliter resoluunt obseruandum, in locatione ad longum tempus, quod in emphyteusi statutum fuerit, nisi diuersa ratio, contrarium suadeat quæ sententia etiam Valasco placuit, *in tract.de iure emph.q.29.nu. 19.vers.& placet in hoc.* 49

Ex † quibus iam ad propositum nostrum infertur, quod quemadmodum emphyteusis ecclesiastica ad hæredes non transit extraneos, ita non transibit ad longum tempus facta locatio, *vt nominatim voluit Valas.lib.1.q.29.n.8.* qui non transire ait, nulla alia ratione, aut auctoritate munitus, asserens proinde cauendum esse a Ruino, *lib. 1.cons.161.numer.22.& cons.77.col.3.eod lib.* Rolando 60

cons.

conſ.96.lib.1.num.24.& 27. Cœphal. *lib.1.conſ.9.num. 12.* plane oppoſitum reſoluentibus, quod etiam poſt Bald. & Iaſon. *in authentic. qui rem, Cod. de ſacroſ. eccle. numer. 3.* adnotauit, intelligens id neceſſario obſeruandum, quia emphyteuſis & locatio differunt, quoniam illa pro modica, hæc pro grandi penſione fructibus reſpondente fieri conſueuit, vt nos iam ſuo loco adnotauimus. Quæ quidem ratio mihi incongrua ad propoſitum tractatum, ſemper viſa fuit, ſiquidem ſolum ea ratio concludit differre hos contractus per maiorem, minoremque penſionem, & canonis præſtationem, non vero per hoc concluditur diuerſam aliquam rationem, in locatione ineſſe, quæ emphyteuſi non conueniat. Ea enim maioris & minoris penſionis præſtationis conſideratio, ad caſum in quo agitur, de remiſſione, propter ſterilitatẽ facienda, vtilis ſane eſt, & rationem habet. Ceterum, quoad tranſitum ad hæredes extraneos, qui ad rem faciat non video: & idcirco, quandiu melior diuerſitatis ratio non aſſignabitur, Valaſco minime adhærendum videtur.

51 Ego † animaduerto ea ratione interdictum fuiſſe, bona eccleſiaſtica ad extraneos hæredes tranſmitti non poſſe, ne quo modo ab eccleſiæ dominio, & poteſtate tranſirent, quoad vtile ſaltem dominium, quod ad hæredes extraneos, ſi concedatur tranſiturum, vix illam recuperandi ſpem eccleſia habere poteſt, quia nemo ſine hærede decedere poteſt, quin fiſcum ſaltem habeat hæredem, quod graue nimis, & eccleſiæ pernicioſum Iuſtiniano, *in §. emphyteuſim, in authentic. de non alie.* viſum fuit, ſtatuenti proinde in tertiam tantum generationem concedi poſſe, quod poſtea ad omnes deſcendentes, ampliauit *in §. licentiam, de alien. & emphyt. vt ſupra adnotauimus.* Quæ ſane ratio ceſſat in locatione, etiam ad longum tempus facta, quæ eccleſiæ noxia dici neutiquam poteſt, etſi ad extraneos poſſe tranſire concedamus, ſiquidem lapſo præſcripto tempore locationeque finita, res ipſa locata, libere ad eccleſiam reuertitur, *ex regula l. necui, Codic. locati.* Quamobrem ceſſat certe ratio & præiudicium, quod in emphyteutica conceſſione viget, & extraneos repellit, nec dixeris ſatis eſſe, quod extincta ſobole conductoris, ſtatim ipſa locatio extinguitur, reſque ad eccleſiam reuertitur, niſi illam extraneis hæredibus concedamus, quæ eſt ratio, propter quam ab emphyteutica conceſſione, extraneos repellimus, vt citius emphyteuſis extinguatur, & res ipſa ad eccleſiam reuertatur: quoniam ſi bene conſideres, leue eſt admodum præiudicium, quod eccleſiæ, ex locationis in extraneos tranſitu infertur, ſiquidem certi iuris eſt, mercedem ex contractu locationis ſoluendam grandem eſſe, & fructibus correſpondentem. Qua ratione, plerumque eccleſiæ, magis expedit ad extraneos locationis obligationem tranſire, quam extinctam eſſe, vel ſaltem parui eius refert. Qua ratione, quia minima in iure noſtro conſiderari non conſueuerunt, *ſecundum regulam traditam in l. Scio, ff. de in integrum reſtitut.* impedire tam leue intereſſe ad extraneos tranſitum non debet, licet impediat emphyteuticæ conceſſionis, in qua graue vtique concurrit intereſſe eccleſiæ, quæ ſub modica admodum penſione, emphyteuſim conceſſit, in directi dominii tantum recognitionem, quam ad hæredes extraneos, non poſſe tranſire, quam maxime eccleſiæ intereſt. Siquidem vt ante diximus, vix vnquam rem ſic conceſſam recuperabit. Quocirca, quia ratio iuris poſtulat, locationis contractum, ab emphyteutico diſtinguere, diuerſo ſunt iure cenſendi, ex his quæ proxime reſoluimus, diuerſum nempe eſſe ius ſtatuendum inter locationem, & emphyteuſim, quotiens id iuris ratio dictauerit, & nos ad ita reſpondendum impulerit. Ex his tu conſidera, an inferre poſſis ad ſacri Concilii Tridentini declarationem Seſſio fin. *capit. 11. verſicul. locationes vero,* ad cuius quidem interpretationem nobis accedere fas non eſt, propterea quod id ſibi Pontifex maximus, ſub pœnis & cenſuris reſeruans, inferioribus interdixit.

Sed † *an conceſſio pro hæredibus, & ſucceſſoribus facta, de qua l. iſta in hoc §. fin. meminit, includat etiam extraneos hæredes* ? vtiliter dubitatur ? Et comprehendere, ſi priuata ſeu profana eſt emphyteuſis, ſine ſcrupulo reſoluendum eſt per hanc legem, coniuncto *titul. 77. §. pen. & fin. cum aliis.* Ceterum, in eccleſiaſtica conceſſione dubia quæſtio eſt, in indiuiduo a Socino mota *libro ſecundo conſilio 266. numero 36. cum ſequentibus* reſpondente verborum illam geminationem extraneos includere, quia verbum illud *hæredibus*, ex ſua propria, & genuina ſignificatione, de omnibus etiam extraneis hæredibus. prædicatur *l. ſciendum, ff. de verbo. ſignif.* quod & verbo *ſucceſſoribus* conuenit *l. quadam, §. is autem, ff de edendo l. pater, §. mater, ff. de leg. 3.* Quocirca, licet, quodlibet horum verborum, per ſe tantum adiectum patiatur reſtrictionem, ad filios tantum, & deſcendentes, *vt iam ſupra adnotauimus, & habetur in l. etiã per Doctores ff. ſolut mat.* tamen ſimul iuncta hæc verba, etiam extraneos comprehendunt, ne quo modo alterum otioſum reperiatur, & ſine virtute aliquid operandi, contra doctrinam Bald. *in rubric. Cod. de contrahen. empt. quæſtion. 9. habetur in cap. ſi Papa, de priuileg. in 6.* Vnde Socino placuit, conceſſionem iſtam *pro hæredibus & ſucceſſoribus* minime differre, a conceſſione *pro quibuſcunque hæredibus*, qua extante, *vt iam ſupra reſoluimus*, ſecundum verborum proprietatem, & ſenſum, extranei hæredes continentur. Quo argumento, idem in conceſſione (de qua agimus) obſeruandum eſt, in qua verborum proprietas hoc idem poſtulat, ne reddantur ſuperflua, & otioſa verba, contra tam nota iuris principia, *ſequitur Socinum Pariſ. libro quarto conſilio 84 numero 5. & 6.* & induci poſſe in fauorem huius ſententiæ quæ paſſim a noſtris tradita ſunt, de verborum geminatione, & præſertim *in l. Baliſta. ff. ad Trebel.* ſimuli Ripa *in l quæſitum §. ſiquis tutor, numero tertio ff. de priuileg. creditorum.* Porro Decius, *conſilio 171.* contrarium conſuluit Socinum notans, & increpans, quod conſulendo auſus fuerit a communi ſcribentium ſententia, recedere ſecundum quam tantum intereſt rem eccleſiæ non tranſire extraneos hæredes, vt excluſi ſemper videantur, niſi nominatim includantur, aut verborum proprietas, vitari non poſſit, quin eos includat, quod non contingit in conceſſione *pro hæredibus & ſucceſſoribus*, quæ verba alium ſenſum patiuntur, vt ſcilicet videatur conceſſa emphyteuſis, *pro deſcendentibus*, ſucceſſoris de ciuili, aut prætorio, *vt iam diximus*, 52

BBB

quæst.22.numero 12. & tradit Ripa, *in d.§.siquis tutor, numero quarto* qui ad idem Curtium refert, quod & ipsemet Socin. agnouit, *in dict.consil.266.numero 36.* licet contradictores habere, hanc traditionem doceat. Sequitur Decium Ripa, *in dicta leg. quæsitum, §.siquis tutor, ff.de priuilegiis cred.numero 3.& & 4.* concordat Roland. *libro primo consil.96.numer. 5.cum seq.* vbi Ripam, & alios idem tenentes refert, & Cœpha. *lib.1.consil.9.num.13 cum seq.*

53 Vtiliter † tamen defendi potest, quod eo loco Socinus consuluit, quando post illa verba *pro hæredibus, & successoribus,* dictum est, *in perpetuum.* Id enim, hoc verbum, *in perpetuum* importat, quod videatur concessio facta in fauorem quorumcunque hæredum, etiam extraneorum, *vt tradit Anchar. consil. 333. Bald. in cap. fin. de feudo dato in vic. leg. commiss. & in l.2.colum.2.Cod.de iure emphyt. rursus, & in addi. ad Specul. loco citato a Socino, in d. libro secundo consil.266.numero 37. versicul.2 Rolandus, libro primo consil. 96. numero 16. cum seq. Rimin. libro secundo consil. 388. numero 39. cum seq.* Quæ sententia etsi communiter non teneatur, *ex auctoritate Auge. in §. emphyteusim, in authentic. de non alien. Imol. in cap. in potentia, de probat. & in l. etiam, ff. solu. mat. cum aliis adductis a Ruino, in consil.161. colum.3. in princip. libro primo & Roland. in d. consil. 96. numero 17.* qui resoluunt verbum *perpetuo*, seu *in perpetuum*, adiectum concessioni, ab ecclesia factæ, extraneos non comprehendere, ne alias teneamur, idem respondere in concessione simpliciter facta, quæ dicitur in perpetuum stipulata, & pro hæredibus in infinitum, *l. si pactum, ff. de probat. cum aliis, quæ iam supra citauimus.* Quod inconueniens, ne sequatur, placuit illud verbum *perpetuo*, seu *in perpetuum*, secundum subiectam materiam restringere ad hæredes sanguinis, non bonorum, imo, & ad tertiam tantum generationem extante regionis vsu, & consuetudine, *vt in tract. de acquir. emphyt. resoluemus.* Nihilominus tamen, *vt Soci. in d. consil 266 libro secundo post numer. 37 adnotauit*, singula quæ non prosunt: simul collecta iuuant, *vt habetur in l. itaque, Cod. communia, de successio. & in cap.1. de treuga & pace,* Quocirca etsi per se d. clausula *pro hæredibus*, vel *successoribus*, simul & hæc *in perpetuum concedimus*, segregata non sit, potens hæredes extraneos includere: simul tamen omnes tres coniunctæ, id poterunt efficere. Nisi malis in fauorem ecclesiæ, etiam hoc casu restringere concessionem, ad hęredes sanguinis omni post posita geminationis verborum consideratione, quod durum aliquantulum videtur, nam etsi verior & probanda videatur contra Socinum sententia, *in dicto consilio 266. libro secundo* d. clausulam, *pro hæredibus, & successoribus*, non includere extraneos, *vt Philippo Decio, consil. 171. & aliis supra citatis placuit*, tamen vbi simul cum illa concurrit, aliqua alia coniectura, quod ecclesia voluit, etiam extraneis concedere Socini sententiæ, adhærendum magis, *vt placuit Cœpha. libro primo consilio 9. numero 13 cum sequentibus.* Quod sumpto argumento, e latere conuerso probat. Nam quando verba apta sunt, comprehendere etiam extraneos hæredes, si quæ adest coniectura, qua debeamus eam concessionem, ad descendentes restringere, vtique admittenda restrictio est, *Ruin. libro primo consi.174. numero septimo & consil. 114. numero decimo rursus, & 158. numero septimo libro tertio.* Caue tamen, quia hoc casu agimus de reducenda emphyteutica concessione, ad suam propriam naturam, quæ solos descendentes respicit, quare facilis ad eam est transitus: in casu vero contrario agimus, de illa extendenda, ad extraneos, & consequenter contra naturam suam quare dispar est omnino ratio, nec tuta Cœphali argumentatio.

Adde † etiam, quod meliotamenta expensæque factæ in re emphyteutica, per quas illa antea inutilis, ad fertilitatem reducta est, hæreditaria efficitur, & ad extraneos hæredes transitura, per text. ad id memorabilem, *in l. quicunque, Codic. de omni agro deserto, libro 11.* cuius hæc sunt verba: *Quicunque desertum fundum patrimonialem exercuerit, & fertilem idoneumque præstiterit, saluo patrimoniali canone, perpetuo, ac priuato iure defendat.* Notanda sunt vtique Valentini Imperatoris, verba docentia melioratum agrum, & a possessore, ad frugem redactum, apud eum perpetuo manere debere, quod etiam Hono. *in l. qui fundos 9. eod. titul.* obseruandum docuit, vt ibidem Bartol. obseruauit in Summa, fertilem a me factum fundum, alii non esse ad culturam concedendum. Crudele enim, & fere inhumanum legislatoribus visum fuit, a me factas expensas, alium possidere, *l. cum oportet, Cod. de bon. quæ lib.* ibi: *Non lugebunt, quæ ex suis laboribus, sibi possessa sunt, ad alios transfereñda aspicientes, & in §.1. inst. per quas person.* vbi similiter hoc modo profatur Imperator, *Ne quod eis suis laboribus accesserit, in alium perueniens, luctuosum ei procedat,* Quorum ad id iurium meminit Baeça, *libr. de decim. tuto. capite secundo post numer. 5. & capite quinto numero sexto & prius Riminald libro primo consil.100. numero primo cum sequentibus.* Ne igitur, cum viderit quis suas expensas, & meliotamenta, ab alio possessa, deploret, iusta cum ratione *in dicta leg. quicunque,* Imperator statuit, fundum perpetuo mansurum penes eum, qui illum fertilem præstiterit. Quo argumento, ibi notabiliter Bartol. probat emphyteutam qui sua industria, & expensis, fundum sterilem, & inutilem, fertilem præstitit, ad suos hæredes, etiam extraneos transmittere posse, nec tertia generatione concessam emphyteusim finiri; & extingui, quamuis id in concessione expressum non sit, quæ verba Bartol. necessario referenda sunt ad emphyteusim ecclesiasticam, cuius proprium est tertiam generationem non excedere, *§. emphyteusim, in authentic. de non alien. & nos iam supra egimus.* Quapropter illud Bartoli dictum, ad emphyteusim ecclesiasticam, vtile reputant doctores asserentes insuper profanam emphyteusim, sua natura hæreditariam esse, & ad hæredes transmissibilem, *secundum adnotata in l. 1. ff. si ager vectig. & in l. item prædia fam. her.* Quapropter intelligunt Bart. voluisse, concessionem emphyteuticam, in tertiam generationem, tacite, vel expresse, ab ecclesia factam, propter possessoris expensas, & ad fertilitatem reductionem, effici perpetuam etiam ad hæredes extraneos transituram, quod singulare reputat Roma, *sing 368. & in rub. de arbit. numero 45. versicul.11.* & fuit sententia Andreæ de Barulo, trepidi tamen, *vt Ripa adnotauit, de remed. contra pestem, n.155.* referens Bartol. consulendo sequutos fuisse Paulum, & Curt. & maximos alios viros a Barba. citatos, *in cap. ad aures, de reb. eccle.* Quam etiam sententiam titubantis Bartol. *dict. leg quicunque,* firmo 54

pede,

pede, probat Platea, & tanquam æquitate plenam sibi magis placere. ait *in dicto loco Ripa, & in l. 1. de priui. cred. colum. 3. Gozad consil. 86. colum. 4. Beroius quæstion. 17. numero secundo & quæstion. 50. numero 8. Socinus iunior, libro quarto, consil. 79. numero 22. Cæphalus, libro primo consil. 9. numero 11.* addens de hoc esse text. *in d. cap. ad aures, de rebus eccles.* concedentem sterilia bona posse ab ecclesia, in perpetuam emphyteusim concedi, quem text. pro hac Bartol. sententia, etiam induxit Guilhel. *in cap. Raynutius, verbo, & vxorem, numero 983. fol. mihi 140.* Quo loco Bartoli opinionem, quasi indubitatam refert, citans etiam *l. fin. Cod. de alluuio.* Quatenus probat ab eo, qui fundum ad culturam reduxit, auferendum illum non esse, nec pensionem augendam, quod etiam habetur *in l. 1. Codic. in causis coloni, libro 11.* vbi Platea inquit, quod hodie id est in colonis nostris obseruandum, tradit Boer. *quæstion. 50. numero 8.*

55 Ceterum, † in hac quæstione, contrariam sententiam, imo quod concessio emphyteusis, in tertiam generationem ab ecclesia factam, propter possessoris melioramenta non porrigatur in infinitum, nec efficiatur perpetua, ad extraneos hæredes transitura, contra Bartol. tenuit Roma. *in l. etiam, in princip. numero 14. ff sol. mat. & in d sing 368.* vbi plane Bartol. male locutum testatur, & in d. *rubric. de arbitro* licet concedat concessionem tertia generatione neutiquam finiti, plane negat posse ad extraneos, hæredes transire. Quapropter non omnino caute, in fauorem Bartol. Romanus induci solet, qui magis videtur ab eo recedere, quemadmodum fecere Paulus, *libro secundo consil. 189. colum fin. versicul. quartum, & Iason in l. 2. Cod. de iure emphyteut. numero 205. ante quæstion. 12.* contra quem etiam tenet Alexand. *in dict. leg. quicunque, in addi.* Mouentur hi patres, præsertim Roma *in dict. leg. etiam, numero 14. per text in cap. ad aures de rebus eccles.* quem Guiliel. & Cœpha. iam citati, in fauorem Bartol. induxere, perpendenda sunt illius textus verba, vt Romani degustetur inductio. Quæ sic sese habent, *Illas terras, quæ de syluis extirpatæ sunt arabiles factæ, eis hereditario iure poteris concedere, sub annuo censu tenendas, a quibus suo, vel parentum suorum labore constiterit, extirpatas*, Guilhelm. & qui Bartol. sententiam probant, ex his verbis deducunt Bar. sententiam tenendam: siquidem Pontif. maxi. concedit sterilia, iure hæreditario posse in emphyteusim concedi. Ergo inquiunt semel concessa perpetuitatem consequentur, ad fertilitatem redacta. Romanus melius multo, ex eisdem verbis deducit contrarium obseruandum, imo necessariam esse nouam concessionem, & consequenter primam ad tertiam generationem factã, neutiquam sufficere. Ponderat Roma. Pont. illa verba, *poteris concedere.* Quibus docemur, eum concedere facultatem faciendi, præfatam concessionem, aliter interdictam: nam si permissa fuisset, idque prælato licuisset, frustra licentiam concedendi impetrasset, contra regu. *lib. 1. Cod. de thesau. libro decimo* secundum quam inductionem quæ destruere Bart. assertionem dicitur, ille text. Romani sententiam probat, vt est videre per Barba. *in dicto capite ad aures, numero tertio & Ripam, dict. nu. 255.* tantum igitur abest illum textum probare sententiam Bar. vti Guil. & Cœph. arbitrati sunt.

56 Caue † tamen, quia vt ego intelligo eo in loco Summus Pontifex minime largitur prælato facultatem, concedendi, rem in emphyteusim perpetuam, vt Roma. & sequaces, intelligunt ponderantes, dict. verbum, *poteris*, cui supplent *auctoritate nostra*, quasi dixerit *de licentia nostra poteris concedere*, quod ego probare non sum solitus, intelligoque eo in loco Pontificem maximum de iure respondisse, posse Prælatum de iure communi emphyteusim perpetuam concedere, si velit: quemadmodum etiam a principio potuisset rem sterilem, & inutilem, in perpetuam emphyteusim iure hęreditario, sub certo annuo canone cõcedere, secundum quem sensum, illi literæ, nihil omnino suppletur. Quare huic potius interpretationi adhærendum est: iuxta quam ille text. Bartol. sententiam, euertit. Siquidem, præsupponit præcise, ad id faciendum prælatum non teneri, sed magis si velit, cuius contrarium Bartol. probat, resoluens, ad certum tempus concessam emphyteusim perpetuam fieri, & ad extraneos hæredes transire, a quibus inquit, auferri non potest. Quod si Summus Pontifex voluisset insinuare, vtique dixisset, *Debes concedere*, quæ verba inducunt necessitatem, *ex his quæ habentur in cap. propo-suit, de appella. per Abb. & Bartol. in l. 3. Cod. de pign. Fortun. in l. 1. ff de iusti. & iure numero decimo.* Vlterius contra Bartol. ille text. magis stringit, si verba sequentia, vt decet, expendas, ibi, *Nisi forte tunc possint alius ad maiorem ecclesiæ vtilitatem, cum eodem labore, & onere conferri.* Quibus verbis significatur posse ecclesiam alii meliorem conditionem offerenti, rem concedere. Quod vtique Bartol. opinioni repugnat, resoluenti in tertiam generationem concessam emphyteusim, perpetuam fieri. Quod per text. *in dicto capite ad aures*, plane confunditur. Nec obstat text. *in dicta leg. quicunque*, quo Bartol. nititur, quia specialiter procedit in fundo patrimoniali a quo conductor remoueri non potest, quia & inuitus reconducere tenetur *Bald. in l. necnon, Cod. locati.* quod ita Roma. & sequaces. videntur respondisse, simpliciter dicentes illum casum esse specialem.

57 Ego † præmissa ad casum, quem tractamus, reducens, resoluendum puto, emphyteusim cõcessam de re sterili *pro hæredibus, & successoribus*, ad extraneos hæredes posse transire, ad quam speciem reducta sententia Bartol. intrepide defendi potest. Siquidem iure hæreditario, posse huiusmodi bona concedi, *in dict. cap. ad aures*, statutum est, iureque hæreditario, vt supra resoluimus, dicitur concessa emphyteusis, simpliciter loquendo, quę ad extraneos hæredes transire potest. Nec vlla ratio mouet, qua debeamus ad descendentes, sic concessam emphyteusim, restringere, *ex his quæ Socin. tradit, libro secundo consil. 226 numero 36. cum sequentibus* cuius ego sententiam in his terminis obseruandam reor, in quibus neminem contradictorem reperio.

58 Vlterius † ex supra citata Bartol. doctrina, *in dicta leg. quicunque*, id vnum colligitur obseruatione dignum, finitam concessionem, ad certum tẽpus factam, de re ecclesiastica sterili, finito tempore, sine hæsitatione eidem, qui ad culturam illam reduxit, reformandam esse, vel hæredibus eius, etiam extraneis. Nam quemadmodum Barto.

voluit, propter eam, ad culturam reductionem, concessionem temporalem effici perpetuam, ita & multo magis intellexit teneri dominum eisdem finitam concessionem reformare, quæ fuit singularis sententia Pauli *consil. 63.* quem refert Ripa, *de remediis præserua. aduersus pestem, numero 256.* tu Paulum reperies, *libro secundo consil. 142.* vbi hanc resolutionem probat per text. *in dict. leg. quicunque, Cod. de omni agro deser. libro 11.* cuius iam supra meminimus, qui text. vt Paulus explicat, necessario intelligendus est, in eo cui ad certum tempus res patrimonialis fuit concessa.

59 Aliter † enim, si in perpetuum concessa fuisset, neutiquam de eo expellendo ageretur, aut perpetuo in concessione tuendo, etsi rem ipsam meliorem non fecisset, *vt habetur in l. cotem 11. §. 1. ff. de publica* vbi nominatim statutum est habentem rei patrimonialis perpetuum titulum, & concessionem, a procuratore Cæsaris remoueri non posse, *l. 2. §. qui in perpetuum ff. si ager vectiga.* quod procedit, etiamsi adsit, qui longe maiorem præstet pensionem *l pen. Cod. de omni agro deser. libro decimo.* Cuius notanda sunt in praxi, verba (his temporibus incongrua) quæ ibi Bartol. contra auaros, & insatiabiles Prælatos effundit, qui cum bona ecclesiæ sterilia, & fere collapsa concesserunt, modo vtilia, & ad frugem redacta, non sine maximo emphyteutæ labore, & rei familiaris incommodo vindicare non dubitant.

Quod sane factum morali rationi, & æquitati naturali, qua Imperator nititur *in dicta leg. pen.* contradicit. Hæc enim sunt illius l. verba: *Siquis auctoritate nostri nominis de fundis patrimonialibus steriles, sub certi canonis pollicitatione, suscepit, firmiter eum volumus possidere, sub eiusdem tamen canonis solutione, quem nostræ Maiestatis auctoritas, per annos singulos soluendum esse præscripsit: nullamque eos descriptionem, siue adiectionem, aut innouationem, in posterum sustinere: quoniam nimis absurdum est, eos qui nobis hortantibus fundos inopes, atque egenos, magno labore impenso, aut exhausto patrimonio, vix forte, meliorare potuerunt, vtpote deceptos inopinatum onus suscipere: illudque velut quadam circumuentione deposci, quod si se daturos præscissent, fundos minime suscipere aut etiam colere paterentur.* Vides quam lepide, & naturali ratione Imperator Honorius, sibi legem imponens, directos dominos carpit, qui meliorata emphyteutica bona, cum non modica emphyteutæ iactura, nec leui eiusdem iniuria, & fraude, vindicare ambitiose non dubitant, minime aduertentes, quam incongruum sit, & rationi naturali contrarium, vt miser possessor exhaustis facultatibus lugeat, quod in re aliena impendit, contra Imperatoris verba proxime relata, & similia a Theodosio Imperatore scripta *in l. fin. Codic. de alluuio.* hoc modo: *Similiter, nec ea quidem quæ paludibus, antea, vel pascuis videbantur adscripta, si sumptibus possessorum, nunc ad frugum fertilitatem translata sunt, vel vendi, vel peti, vel quasi fertilia, separatim censeri, vel functiones exigi concedimus, nec doleant diligentes operam suam agri dedisse culturæ nec diligentiam suam, sibi damnosam indicantes intelligant. Cuius legis temeratores, &c.* Temerarios legis violatores Imperator appellat. Quocirca, *dict. leg. quicunque*, necessario restringenda est, ad casum temporalis concessionis, cuius prorogatio, seu renouatio, negari iuste potuit, nisi possessor tantundem offerat, quantum alius pro canone offert, *l. 2. & l. congruit, Codic. de loca prædict. ciuil.* etiamsi rem ipsam fertiliorem, sua cultura reddidit, vt Imperatori placuit, *in dicta leg. 2. Cod. de loca. prædictor. ciuil.* ibi, *Quique meliores cultu patrocinante reddiderint.* Cuius contrarium obtinet in colonis, quibus iure perpetuo dicitur facta concessio, *iuxta dict. leg. fin. in principio de locat. prædiorũ ciuiliũ.* Qua ratione ab illis non potest auferri, *vt ibi, & in dict. leg. cotem, §. 1. Digest. de public.* & ita intelligendus est textus *in leg. finali Codice de fundis patrimonialibus libro vndecimo.* quia loquitur quando non constat, de locatione, aut eius forma. Quocirca 40. annorum cursus efficit, vt perpetua videatur, a principio concessa, *vt adnotatur in leg comperit, Cod. de præscriptione triginta vel quadraginta annorum. & ibi Cynus.* Vbi igitur ad certum tempus facta locatio est, illo elapso reuocata censetur *vt habetur in leg, Imperator, Digest. de postu. l statu liberis, §. stichum, Digest. de leg. 2.* Ad tempus enim, permissa post illud prohibita censentur, quod in locatione rerum priuatorum Imperator statuit, *in leg. ne cui, Codic. locati*, vigetque vtilis ratio. Siquidem certi iuris, est, elapso tempore conductorem compelli non posse, vt reconducat, *leg. non intelligitur. §. cum quinquennium, Digest. de iure fisci.* Quare econuerso, idem est respondendum, non posse dominum compelli ad relocandum. Aliter æqualitas inter contrahentes non seruabitur, *leg. pen. in fine Codice communia prædio.* Fouet argumentum simile quo respondemus, quod quemadmodum pater non potest filium inuitum emancipare, *§. & generaliter, cum ibi adnotatis, in authentic. quibus modis naturales effic. sui*, ita nec filius patrem compellit emancipare, *l. non potest ff. de adoptio.*

Ex † quibus procul dubio videtur fore resoluendum, emphyteusim rei sterilis ad fertilitatem reductæ, reformandam esse eidem, qui ad frugem & culturam reduxit, seu eius hæredibus, etiam extraneis, *vt voluit Bartol. in dict. leg quicunque Codice de omni agro deser. libro vndecimo*, coniuncto Paulo, *in dicto consilio 142. libro secundo* intelligente text. ibi, in concessione temporali, seu ad certam generationem concessa, quam finita generatione, seu concessionis tempore, resoluunt fore, & esse reformandam, etiam in perpetuam concessionem, quemadmodum, *in dicta leg. quicunque*, probatur. 60

Inducit etiam pro hac opinione, Paulus, textum iam supra a nobis citatum, *in c. ad aures, de rebus ecclesi.* vbi fuit ad certum tempus facta locatio, de re sterili, eaque vtili facta, & ad culturam reductam, Summus Pontifex concedit, reformari locationem posse, etiam in perpetuam, & iure hæreditario concessionem, quo in loco, etsi Summus Pontifex loquatur per verbum, possit, Pau. *dicto consilio 142. numero secundo libro secundo* intelligit necessitatem imposuisse, & ad eam renouationem concessionis, prælatum ecclesiæ, inuitum teneri, sumpta interpretatione, *a dict. leg. quicunque, de omni agro deserto.*

Idque ex gloss. ibidem, deducit quatenus intelligit textum ibi loqui in eo colono temporali, quem dicit non posse amoueri, nisi ecclesia se læsam prætendat, propter paruam, scilicet constitutam mercedem. Siquidem aderat, qui

qui maiorem præstabar, quo casu implorato restitutionis auxilio remoueri conductor poterar. Quocirca sine dubio gloss. intellexit, ibi fuisse rem sterilem temporaliter locatam pro insta scilicet pensione, qua locatione finita volentem conductorem reconducere, etiam in perpetuum rem eandem, ab eo fertilem factam audiendum esse, eiusque hæredes, Summus Pontifex respondet, eandem volentes pensionem præstare. Intelligit Paulus, vt diximus, illius texius verba necessitatem importare, prælatoque imponere, quamuis per verbum *poteris*: ibi: *Hæreditario iure poteris concedere*, verumque hoc esse deducit, ex Hosti. *ibi, in Summa, §. 2. versi. 4.* firmantem eam dispositionem fundari in æqualitate seruanda, & sic vt qui damnum passus est, in re excolenda, & ad culturam reducenda, eiusdem rei fructibus, & vtilitate fruatur. Conuenit enim eum commoda consequi, qui & damna patitur, iuxta illud, *Dulcia non meruit, qui non gustauit amara*, & illud, *Qui cupit optatam cursu, contingere metam, multa tulit fecitque puer, &c.* Conueniunt Iureconsultorum supra citata responsa, quibus comprobauimus, non decere quemquam suas lugere expensas. Ex quibus conuincitur, ecclesiam in eo casu, non solum posse iure hæreditario concessionem facere, sed etiam inuitam teneri, de honestate saltem, & ratione naturali, quæ obligatio non minus, quam ciuilis, & naturalis adstringere ecclesiam debet, argumento *l. pecuniæ, in fin. ff. de alimen. lega.* ibi: *verecundiam pulsantibus adstringitur, & ibi gloss. & Bartol. nu. 5.* adnotauit virum bonum, non minus verecundia, quam obligatione adstringi, ad quid concedendum, vel negandum. De qua re, bonus est tex. *in l. Quintus 48. in fine principii, ff. mandati*, ibi: *Si ipse pepercerit pudori suo*, aliter ecclesia non obseruabit æqualitatem, & iustitiam, per quam tenetur benefacienti benefacere, & illum remunerare, iuxta quam interpretationem, videtur intelligendus ille casus, *in d. cap. ad aures*, vt necessitatem renouandi concessionem imponat, non simplici voluntati prælati committat: si velit relocare. Quod non videtur assecutus Ioann. Andr. intelligens, ibi fuisse primam locationem factam cum pacto, & obligatione, relocandi in perpetuum, & propterea verbum, *poteris*, de quo ibi importare necessitatem. Nam verius est, etiam sine eo pacto, Prælatum inuitum, per supra scripta debere relocare. Non enim aduertit Ioannes Andreas, in litera illius tex. nullum verbum reperiri, quo compellamur illum restringere ad eam speciem, quando fuit appositum pactum de relocando. Non denique meminit, eo pacto exante, cessare omnem hæsitandi occasionem, quare digna non erat quæstio pontificia consultatione. Est igitur reformandus locationis contractus, ei qui rem sterilem, ad certum tempus conductam, suis expensis, & sudore, ad culturam reduxit, ex rationibus & argumentis, de quibus supra, licet de hoc nullum fuerit pactum appositum, *vt d. consil. 142. lib. 2. Paulo pacuit.*

61 Sed † *an debeat illi augeri pensio*, quæstio est, cui causam dedit Imperator, *in l. fin. C. de omni agro deser. lib. 11.* negans augendam hoc casu esse mercedem, & ibi Bartol. notat illum text. contra ambiciosos prælatos, *& in l. cum satis, §. caueant, de agrico. & censi. & in l. 1. in quibus casibus coloni, eod. lib. quod etiam Bartol adnotauit in l. 2. de loca. præd. ciuil. & in l. 2. de præd. naui. eod. lib.* qui prælatis allegantibus, hoc casu læsionem negat audientiam, & merito quidem, quoniam attendi magis debet tempus sterilitatis, quo res fuit locata, quam hodiernum, quo coloni expensis, & industria, res vtilis facta est, vt in specie adnotauit Ripa, *de Remediis preserua. aduersus pestem, numero 257. ex traditis in l. si voluntate, C. de rescinden. vendi. & in l. 2. eod. titul. cum aliis, de quibus per eum.*

Inferens † proinde, quod emphyteuta non 62
potest ab emphyteusi remouere colonum, probantem rem ipsam, ex sterili, ad culturam reduxisse, ex auctoritate Bartoli, *in l. cognouimus, Cod. de mancipiis, & colonis, libro 11.* Quod sane restringi debet, ad eum colonum, qui rem omnino sterilem meliorauit, non vero, si in aliquo præstantiorem fecit, per text. *in l. 2. Codic. de loca. prædi. ciuili* quem ad hanc speciem trahendum esse, probat Paul. *libro 2. consil. 142. column. pen. prope finem, versicul. nec obstat dicta l. 2. sequitur Barbatia, in d. cap. ad aures, numer. 4. de rebus eccles. & sic procedit Gamma, qu. 297. n. 3. & 4. ad finem.*

Secundum † hunc igitur Pauli sensum, ver- 63
bum *poteris*, de quo *in d. cap. ad aures*, importat necessitatem, quod aliquando contingeret, secundum materiam subiectam, *Corsetus tradit in singul. verbo, potest.* Verum, hoc aliquantulum impropriare verbi rectum sensum, ex eodem Corseto constat, & ex his quæ habentur *in l. 1. Cod. quomodo & quando iudex, & in l. non quicquid ff. de iudi. tradit Tellius, in l. 20. Tauri, numero secundo.* Quapropter Pauli sensus, ad illum text. periclitatur, si maxime accedas antiquorum sensui, quem Barbat. ibi probat, intelligens verbum *poteris*, de quo *in dicto capite ad aures*, minime adiectum fuisse ad denotandam liberam prælati voluntatem, in concedenda renouatione, si velit, aut necessitatem, vt illam præstet inuitus, sed magis ad significandum & docendum, quod citra prohibitionem iuris, de non alienando, & iuramentum præstitum, huiusmodi concessio facienda est, ei qui rem sterilem, ad culturam redegit. Quem sensum probat & Ripa, *de remediis præseruatiuis, sub numero 259.* Ex quibus certe text. *in dicto capite ad aures*, non potest ad eam Pauli resolutionem induci: quæ habet teneri inuitam ecclesiam emphyteusim renouare, ei qui rem ex sylua ad culturam redegit, & ad fertilitatem reduxit.

Nec † ea sententia iuri consentanea esse vide- 64
tur, si exacte consideres finita locatione, seu tempore pro quo res fuit locata, finiri necessario ius coloni *l. fin. §. sane, Cod. de loca. præd. ciuili.* quia permissa ad tempus illo elapso, dicuntur prohibita. Qua ratione, Bald. *in cap. 1. in fine, de contro. inter dominum*, atque etiam Innocen. *in capite 1. de immun. ecclesiarum*, firmant finito tempore locationis, posse dominum colono, portam semel apertam claudere, nec iuste posse colonum conqueri, dominum sibi noluisse, de nouo concedere, siquidem suo iure vtitur, atque ita contrahere nequit compelli, *l. sicut ab initio, Codic. de actio. & obligat. l. nec emere, Codic. de iure deliber.* Quocirca, *in l. ne cui, Codic. locati*, id iuste cautum est finitam locationem, non teneri dominum eidem colo-

no reformare, & est huius sententiæ contra Paulum, *gloss. d. l. 2. de loca. præd. ciui.* atque etiam Ripa, *de remediis preserua. contra pestem, numer. 259.* Aliter nihil prorsus domino proderit a principio pro certo tempore, rem suam concessisse, siquidem, *vt Paulus credit*, pro eadem pensione, & mercede, necessario renouanda concessio est. Quod sane, menti Dominicæ contradicit, qui simulac pro tempore tantum concessit, tempore lapso, quo res iam erat futura fertilis intellexit, vel sibi retinere posse, vel pro multo maiore pensione, & mercede, se locaturum cui intentioni aduersatur Paulus, concedens posse dominum, pro eadem pensione renouare compelli.

65 Quamobrem, † Ripa, *d. lib. de peste, §. de remediis præseruat. post numer. 259.* aliter definiendum intelligens scripsit, Pauli sententiam defendi posse, quando ecclesia rem sic a colono, seu emphyteuta melioratam, vult alii extraneo concedere, in qua specie viget æquitas, & naturalis illa æqualitas, qua Paulus *in d. consil.* 142. fundatur, si modo primus colonus eandem mercedem, quam extraneus vult præstare, non recuset soluere *l. congruit, de loca præd. ciui. Cardin. & Panormitan. in d. c. ad aures.*

66 Ceterum, † vbi ecclesia nulli alii vult concedere, intelligens sibi maxime eam rem expedire, respondendum est, colono iniuriam nullam facere, dummodo illi expensas melioramentorum soluat, secundum communem canonistarum, *in d. cap. ad aures.* Quæ traditio procedit quando res sterilis a principio fuit concessa ad tempus certum, iam finitum & lapsum, quod tamen praxis non admittit.

67 Non † sic quando a principio fuit in perpetuum concessa, quemadmodum concedi sine dubio potest, *vt dicemus in tract. de acquisi. emphy.* Quoniam amoueri a tali concessione colonus, aut emphyteuta, non potest, nec pensio vllo modo augeri, *l. 2. cum gloss. & in l. fin. C. de loca. prædi. ciuilis. coniuncta l. fin. C. de omni agro deserto.*

68 Quod † sane intelligendum est, dummodo colonus rem sterilem conductam, aut in emphyteusim concessam, ad culturam reducat. Aliter enim si monitus reducere negligat priuari recte potest, *vt notabiliter explicat Ripa, in d. §. de remediis præseruat. numer. 261 lib. de peste.* Vbi etiam Paulum *in d. consil. 142. lib. 2.* defendit, quando is qui ad culturam rem reduxit, multo plus expendit, quam ex fructibus lucratus est. Viget enim æquitas, ne suos labores lugeat, sed de his iam satis.

69 Vlterius † emphyteusis concessa alicui impotenti, & sic ei qui non potest sobolem habere descendentem, & legitimam, pro extraneis videtur concessa, *secundum adnotata in l. 3. ff. de liber. & posth. tradit Curt. de feudis, 2. par. 3. par. numer. 4. in fin.*

70 Denique † semel ad extraneos transmissa emphyteusis perpetuo manet ad extraneos transmissibilis, *secundum Ruinum, libro 1 consil. 161. num 33.* Adde, id quod diximus, emphyteusim ecclesiasticam, non transire ad extraneos hæredes, intelligendum esse, respectu ipsius principalis concessionis emphyteuticæ, quam extranei non consequuntur, ceterum si contingat de consensu domini eandem emphyteusim alii concedi ad faciem primæ concessionis, hanc extranei obtinebunt, *vt tradit Ruin. lib. 1. consil. 168. numer. 9.* si modo primus emphyteuta est quidam priuatus.

SVMMARIA.

1 *Successor particularis non capit emphyteusim, pro hæredibus, seu successoribus concessam.*
2 *Concessio pro quibuscunque hæredibus ad particularem successorem pertinet.*
3 *Concessio pro hæredibus, & successoribus non prodest particulari successori.*
4 *In contrarium, quod concessio pro hæredibus, etiam prodest legatario, quamuis extraneo.*
Legari emphyteusis hæreditaria potest.
5 *Emphyteusis ecclesiastica pro hæredibus concessa, non transit in legatarium extraneum.*
Verba vniuersalia, a lege prolata, non porriguntur ad particularem hæredem.
6 *Institutus hæres in re certa, emphyteusim non capit hæreditariam.*
7 *In contrarium imo quod hæres in re certa, emphyteusim capit, sed contra verius.*
8 *Vbi nulla est hæreditas, emphyteusis hæreditaria capitur sine illa.*
9 *Filius institutus in legitima, non capit emphyteusim hæreditariam.*
10 *Fallit, quando hæres in re certa, non habet cohæredem.*
11 *Idem si cohæres datus repudiauit.*
12 *Solus hæres vniuersalis petit hæreditariam emphyteusim.*
13 *Emphyteusis hæreditaria, diuiditur inter hæredes, pro portione virili.*
14 *Per æstimationem debet fieri diuisio.*
Interpret. Ordin. lib. 4 titul. 62. §. 1. & titul. 77. § pen.
15 *Consensus domini directi necessarius est, in hac diuisione.*
16 *Diuidi potest emphyteusis per æstimationem, sine consensu domini.*
17 *Plures emphyteutæ inter se libere possunt alienare inconsulto domino.*
18 *Potest pater vni ex filiis emphyteusim prælegare.*
19 *Filius hæres non potest contraire facto patris.*
20 *Filius hæres etiam cum beneficio inuentarii, non vindicat emphyteusim hæreditariam.*
21 *Fallit, si emphyteusis non est hæreditaria.*
Amplia in emphyteusi antiqua.
22 *Emphyteusim antiquam hæreditariam, potest filius vindicare, & patris hæreditatem repudiare.*
23 *Emphyteusim mixtam, filius etiam hæres patris vindicat.*
24 *Emphyteusim prælegatam filius capit insolidum.*
25 *Fallit, quando fratrum læditur legitima.*
26 *Emphyteusis hæreditaria in fideicommisso continetur.*
Æstimatio est danda, quando fideicommisso contineri non potest.
Emphyteusis hæreditaria, onera subit hæreditatis.
27 *Concessio pro hæredibus, comprehendit fœminas.*
28 *Emphyteusim pro hæredibus capit fœmina, non feudũ.*
29 *Concessio pro propinquis, includit fœminas.*
30 *Concessio pro attinentibus, includit fœminas. Pro descendentibus continet fœminas.*
31 *Concessio pro genere, generatione, vel stipite, sobole, prosapia, & casata.*
32 *Concessio pro filiis familiaris est, non hæreditaria.*
33 *Concessio pro hæredibus, & descendentibus.*
Concessio pro hærede, vel pro filio, an prosit nepoti.

34 Con-

34 *Concessio pro filiis masculis, excludit nepotem ex filia.*

35 *Concessio pro descendentibus masculis, non excludit neptem ex filio masculo.*

Qualitas masculinitatis, ad omnes successores porrigitur.

36 *Concessio facta duobus fratribus pro se, & posteris suis masculis.*

37 *Concessio pro se, & herede masculo, intelligitur de descendentibus, non de extraneo.*

38 *Concessio pro se suisque filiis, & hæredibus, includit etiam hæredes extraneos.*

39 *Concessio pro legitimis hæredibus.*

40 *Concessio pro se, & suis simpliciter.*

41 *Concessio pro suis hæredibus.*

42 *Concessio simpliciter, pro descendentibus.*

43 *Pro filiis vtriusque.*

44 *Concessio pro posteris.*

45 *Concessio pro hærede nominando.*

46 *Concessio facta* Titio *pro se, & duabus personis post se.*

47 *Emphyteusis quando ad vnum tantum pertinet, primogenito est concedenda.*

Concessio dubia regulatur secundum legem Regiam.

48 *Pro duabus personis secundum ordinem iuris.*

49 *Pro filiis, & nepotibus ordine successiuo, videtur facta concessio.*

50 *In contrarium, quod ordo successiuus cessat, vbi necessitas cessat.*

51 *Pro filiis ordo successiuus obseruandus.*

52 *Nepos intrans locum patris.*

Pro masculis, & fœminis ordo successiuus, est obseruandus.

53 *Amplia in concessione alternatiua. Clausula vsque ad annos* 60.

54 *Filii fratris nepotes dicuntur, & emphyteusim petunt pronepotibus concessam.*

55 *Concessio pro filiis, & nepotibus, non est hæreditaria.*

56 *Concessio de hærede in hæredem, pro sobole. numer. 57. pro posteris, num. 58. pro maiori de domo num. 59. pro domo mea, num.* 60. *pro linea mea, nume. 61. pro progenie, num. 62. pro parentibus, & parentela, num. 63. pro attinentibus, numer.* 64. *pro gente tua, nu. 65. pro consanguineis, pro hominibus tuis, pro natis tuis, pro proximis, pro generatione, pro liberis seu filiis, pro affinibus, pro familia, pro coniunctis, pro agnatis.*

66 *Concessio pro* Cippo, *pro filiis primi matrimonii, n. 67. pro filiis legitimis, pro successoribus, nu.* 68.

69 *Concessio pro filiis masculis, excludit fœminas descendentes ex eis.*

70 *Concessio pro filiis, & hæredibus, quibus volueris. n. 71. pro hæredibus successoribus, & descendentibus. Itē, pro filiis hæredibus, nu. 72.*

73 *Concessio pro se, & filiis suis, & hæredibus masculis, & fœminis. Item transit ad fœminas, in re certa institutas.*

74 *Concessio pro primogenito, illum tantum respicit, qui tempore mortis paternæ talis est.*

75 *Verbum primogenitus, sua natura respicit tempus natiuitatis.*

Concessio pro tertia generatione, in pronepotem transit.

76 *Concessio pro filiis, non exigit quod sint hæredes, etiam si emphyteusis sit priuata.*

77 *Emphyteusim pro filiis concessam, filius petere potest, & hæreditatem repudiare.*

78 *Fallit vbi est concessa emphyteusis, pro filiis & hæredibus.*

79 *Concessio pro tertia generatione, non exigit quod emphyteusim petens sit hæres.*

80 *Soluere debita paterna, ex emphyteusi quando filius teneatur.*

81 *Concessio pro propinquis respicit abintestato succedentes.*

Concessio pro primo nascituro.

82 *Simplex concessio nulla filiorum aut hæredum mentione facta.*

83 *Concessio pro liberis, non excedit trinepotem & num. 84.*

85 *Pro descendentibus per lineam masculinam fœminas excludit.*

86 *Emphyteusis concessa pro filiis descendentibus per lineam masculinam, non spectat ad fœminas.*

87 *Neptis ex filio, dicitur de sexu virili.*

88 *Nepos ex filia non dicitur sexus virilis.*

89 *Semel admissa fœmina perpetuo manet, & alios excludit.*

90 *Vltimi possessoris proximitas consideranda.*

91 *Linea incipit a patre.*

92 *Si vocentur descendentes de vno in alium per lineam masculinam an patruos excludat fœmina.*

QVÆSTIO XXIV.

VLterius † sciendum est, quod huiusmodi emphyteusim *pro hæredibus* concessam, vel successoribus, non capit successor singularis. Exigitur enim, quod sit vniuersalis, ex mente concedentis, qui eo ipso, quod *pro successoribus*, emphyteusim concessit, intellexit necessarium esse, vt vniuersalis fuisset hæres, seu successor, non particularis, per text. *in l. quadam, 9. §. nihil interest, ff. de edendo:* vbi successoris appellatione, non contineri donatarium, aut legatarium, I.C. docuit, *in vers. is autem cui, vt ibi notant DD. & Iaso. n. 2. nota. 2. Bal. in l. emptorem, col. 3. C. locati, Feli. in cap. in præsentia, n. 26. de proba. Peralta, in rubr. ff. de hæred. institut. num. 165.* Et est in promptu ratio, quia verba sunt semper intelligenda, in potiori significato, *l. 1. §. qui in perpetuum, ff. si ager vectig. l. quæritur, ff. de statu homi.* Qua ratione, vt Iason. ait, ille text. quotidie ad hoc allegatur, quod successoris appellatione vniuersalis, non particularis continetur, tradunt in feudo hæreditario, Decius, *cons. 185. n. 5. & Affl. q. 335. col. 4. & 385.* resoluentes illud petere non posse, qui hæres vniuersalis non fuerit. Concordat Brun. *consil. 9. col. 3. & Curt. Sen. conf. 82. col. 4. & 5. n. 6. & 7.* vbi notabiliter de hac re agit, & Imol. *in l. quod dicitur, col. pen. ff. de verbo. obl.* & Paris. *lib. 1. consil. 16. num. 14.* hoc idem probat oportere, quod vniuersalis hæres sit qui hæreditarium feudum petit, & ibi *n. seq.* alios, ad idem auctores adducit, & in emphyteusi procedere, probat Cur. *in d. loco, Fely. in c. quia, de iud. n. fi.* dixit communem Paris. *conf. 23. num. 189. lib. 1.* licet contradicant hi, quorum meminit Paris. *d. nu. 14.* quibus adde Alcia. *respon. 343. in fi.* citantem Alex. *lib. 2. consil. 193.* & quæ ipse tradit *in l. hæredis, ff. de verbo. signi.* 1

Quorum † ego sententiam intelligo obseruandam, in concessione facta *pro quibuscunque hæredibus*, quæ ex verborum generalitate, etiam ad 2

particularem hæredem, seu successorem pertinet, *Bal.in c.1.de prohibita feudi alien post n.5.an agnatus, vel filius, Socin.in l.si rem, 5.ff.de excep.* Cotta, *in verbo, quibuscunque, & verbo, feudum concessum mihi, Iaso. in l.quadam, §.1.ff.de edendo, n.3. vbi citat Bald. & Alex.* Geminatio enim illa verborum *quibuscunque*, aliquid solet, & debet operari, *vt habetur in l. Balista, ff.ad Trebell.cum aliis, de quibus per Iaso.in d.loco, tradit Alex.in l quod dicitur, n.29.ff.de verbo oblig. & Curt. Senior, consil.28.n.7.Roland consil.96.nu.36.vol.1.Corn. lib.1.cons.239.n.22.col.2.ad fi gl.Par.5.tit.8.l.28.ver. O de sus herederos, col.1.ad fin.Barba.in l. cum acutissimi, C. de fideicom.nu.159.tradit Alex.in l.stipulatio ista, §.sicut, ff.de verb.oblig nu.6.Hippoly in l vnius §. cognituriium nu. 23.ff.de qq.Tiraq.de retr.lign.§.1.gloss. 7.a nu.20.Quintil.regu.Chancel.33.q.6.nu.3.* quibus adde Sylua *cons. 30.a nu. 26.& cons. 52. nu. 6. Benuucas.in §. omnium, de actio.nu.56.Pinellum, in l.2. C.de bon.mat.nu.11.versic. quod plures.*

3 Quo† tamen in loco de huius traditionis veritate dubitat, ex auctoritate Imolæ, *in d.l.quod dicitur, ff.de verb.oblig.col.10.nu.14.* resoluentis concessionem geminatam, *pro heredibus, & successoribus*, non comprehendere particulares successores, tam iure ciuili, quam prætorio succedentes, quod probat Alexand.& Iason. *in d.l.quidam, §. 1.ff de edendo, ante nu.4.Decius, consil.208 nu 7. Ripa, lib. 1.resp. c. 26. nu.17.Curt. Seni.cons.82.col.pen.* Qua extante sententia periclitatur, supra scripta, quæ habet concessionem *pro quibuscunque hæredibus*, capere posse, etiam particularem successorem. Vtraque enim geminationem habet verborum, quare quemadmodum illam particularis successor non capit, ita necistam capere poterit. Vniuersalis enim locutio non solet rei naturam immutare. *Iacobin.lib.de feudis, verbo, quibuscunque hæredibus late Tiraq.lib.de retr. lign §. 1.gloss.7.nu.27.* vbi inquit de hoc esse bonum *text. in l.stipulatio ista. 38.§.sicut ff. de verb.obliga.* vbi verbum, *quicunque successores*, non comprehendit particulares, *secundum gloss. ibi, & Doctores communiter.* Ibi enim fuit a me interposita stipulatio, vt rem mihi habere liceret, & Iurisconsultus Vlpianus ait, non mihi tantum eam stipulationem prodesse verum etiam & omnibus successoribus meis. Ceterum, quia illud verbum, *successoribus quibuscunque*, secundum prædicta videbatur, etiam comprehendere particulares notabiliter gloss. exponit *quicunque ei succedunt*, scilicet in vniuersum ius. Sequuntur eam Doctores communiter, intelligentes illam verborum generalitatem ad solos vniuersales hæredes referendam esse, quod etiam videtur probare gloss. ibi, verbo, *Ceterum, in princ. illius legis.* Quocirca, inde sumpto argumento ad casum nostrum deducitur concessionem, *pro quibuscunque hæredibus*, seu *successoribus* particularibus non prodesse.

4 Quocirca, † vtiliter Pinellus, *in d.l. 2. C. de bon. mater. nu.fin.* certius credit Imolæ sententiæ, supra proxime citatæ adhærendum non esse, veriusque esse, concessionem illam geminatam, *pro hæredibus, & successoribus*, etiam particularibus prodesse, per text. *in l. in conuentionibus, 217. ff.de verb.signi.* vbi hæc verba, ad propositum notanda, Papinianus scripsit, *In conuentionibus contrahentium voluntatem potius quã verba spectari placuit, cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locauerint, vt ad hæredem eius qui susceperit, pertineret, ius hæredum ad legatarium quoque transferri potuit.* Ecce qualiter, pro hærede facta concessio, legatario prodest, & sic particulari successori, cui res, seu emphyteusis legata est, nec hoc mirum si consideres, nullum prorsus inde dominum incommodum pati, siquidem sua non interest, magis hunc quam illum rem possidere, dummodo ex domini consensu possessionem ingrediatur Alcia. *d.l. in conuentionibus.* Vterque enim est eam pensionem soluturus, secundum concessionis formam. Nihil item de iuribus dominicalibus de quibus habetur *in l.fi.C.de iu. emphyt.* illi detrahitur. Ergo non est, cur legatario huiusmodi negari emphyteusis debeat, vt in specie per text. *in d.l.in conuentionibus*, adnotauit Spec. *tit. de locato, §. tunc aliqua, q.112.& q.seq.num.138. cum seq. Alex.consil. 193.lib.2.nu.2.idem Alex.in d.l.quadam, §. 1.num.2.ff.de edendo, & lib 5.consil.21.col.2.* quem ad id citat Alcia. *in d in conuentionib.col.fi.Ias.in l.fi. C.de iure emph.n.75.* & subtilis Costa eos sequutus, *in lib. de success.regni. pag.39.* qui adnotauit in casu nostræ l.Reg. *in hoc §. & § pen.tit.77. lib. 4.* emphyteusim pro hæredibus concessam, licet non addatur, & pro successoribus, ad hæredes transmissibilem esse, & ad legatarium, similiter transire posse, quamuis Pinellus, qui præcitatos forte auctores, non præuiderat, *in d.n.fi.l.2.C.de bo.ma.* adnotauerit, ad dispositionem *d.l. in conuentionibus*, aduerti non solere, cum nihil magis soleat, vt est videre per auctores iam supra citatos, & per Alcia. *responso 74.nu.2.*

Nec † mouere possunt in contrarium adducta iura, quibus probatur necessaria esse verba vniuersalia, vt ad particularem successorem transire emphyteusis possit, quoniam vt notabiliter Pinellus, ibid.l. adnotauit, admitti possunt in feudis, & in emphyteusi ecclesiastica, & similibus, in quibus rei natura, & subiecta materia id postulat, ne ad extraneos fiat transitus. In his sane verba vniuersalia necessaria sunt, vt intelligamus concedentem, etiam pro legatario, & sic particulari successore extraneo, emphyteusim concessisse. Cui resolutioni minime obstat tex. ille, *in l.stipulatio ista 38.§.sicut, ff.de verb.obl.* vbi vniuersalia *quicunque successores*, non comprehendunt particularem successorem, quia illa verba fuerunt a lege prolata, non ab homine, vt in casu nostro contingit, vt explicat Tiraq. hanc differentiam constituens *in lib. de retract.lig §.1.glo.7.n.29.* 5

Vnde † iam vtiliter infertur, institutum in re certa, huiusmodi emphyteusim, hæreditariam capere non posse, si modo cohæredem habeat vniuersalem, quia in specie, legatarii loco institutus in re certa habetur, *vt adnotatur per text. ibi, in l. quoties 13.C.de hær.inst.Ias.in l.2.n.218.de iu.emph.Iul.Clar. lib.4 § emphy.q.38.Bursa.cons.92.n.24.& seq.ex Iulio. Cla.in d.q.38.& verbo, feudum, q.86. Alex.& eius addit. lib.5.cons 129.n.5.cum aliis, de quibus per Bursa.ibi, & n. 27.* Hæres enim institutus in re certa, nominatus non potest dici, qui ad rem particularem vocatus est, *vt diximus q. 9. in princ.* Quocirca quemadmodum legatario emphyteusim hanc hæreditariam dari non posse verum est, ita respondendum est, instituto in re certa negandam esse, quia vniuersalis titulus, vtique necessarius est, *vt in specie volunt Bald.in l.liberti, n.26.C. de oper.liber.Saly.in l.2.C.de iu. emph.q.20.Ang.& Alex.col.pen.in l.Gallus, §.etiam ff.de lib.&* 6

lib. & posthu. Couar. *lib. 2. reso. c. 18. nu. 5. Alex. etiam in l. quaedam, § 1. n. 7. ff. de edea.* Cæsar Lamber. Ripa, Carolus, *& quidam alii, quorum meminit* Mencha. *lib. de success. crea. § 16 requisito 20. n. 2. ad fi. & Valas. de iu. emph. qu. 5. ad fi.* vbi id tam in profana, quã ecclesiastica emphyteusi obseruandum esse testatur *& tradit Greg. Lop. in Par. 6. tit. 3. l. 14. & l. 18. tit. 8. Par. 5. verbo, O de sus herederos, col. 2. post vers. sed quid si filii, & Rolandus, lib. 1. cons. 23. n. 46. cum seq. Paris. lib. 1 cons. 20. n. 28. & cons. 16. n. 14. rursus, & cons. 23. n. 192. eod. lib. adde etiam Ias. in l. 2. C. de iu. emph. n. 228. & Soc. iun. lib. 2. cons. 58. Tiraq. lib. de morte, 2. par. declar. 4. n. 15.* & comprobat plures alios citans Rolandus, *d. cons. 23. n. 48 cum seq. lib. 1.* ex communi scribentium resolutione, *in l. fi. C. de edicto Diui Adri.* volentium remedium illius *l. heredib.* concessum negandum fore institutis in re certa, *vt ibidem post alios resoluit Zuch. n. 190. Goz. cons. 20. n. 30. & cons. 21. nu.* 12. Ex quibus liquet hanc communem sententiam esse, quibus addo Peral. *in rub. ff. de her. inst. ante n. 168.*

7 Cuius † tamen contrarium tenuerunt plurimi, de quorum numero est Bal. *in c. 1. col. 5. de success. feud.* Prepo. *in c. 1. an agna. idem Bal. in l. iurisiurãdi, § si liberi, ff. de oper. libe. & cons. 60.* vbi nominatim loquitur in emphyteusi hæreditaria, & illam concedit hæredi in re certa instituto, *sequitur Imo. in l. ex facto, la grande, ff. de her. insti. concordat Alex. cons. 128. col. fi. n. 8. lib. 1. & cons. 8 col. 1. lib. 3. Calca cons. 78. n. 20. Deci. 78. col. 2. & 208. col. fi. Goza cons. 26. n. 26. & cons. 86. n. 23. in fi. Ruin. 186 ad fi. lib. 1.* Quamuis Valasc. *d. q. 43. in fi.* solum Guil. contradicentem referat: quibus adde Soci. iun. *lib. 2. cons. 58. ante n. 7. cum seq.* hanc opinionem probantem in concessione *pro heredibus, & successoribus* facta, ad quam intelligit admittendũ fore hæredem, in re certa institutum, *ex Alex. cons. 193 col. 1. lib. 2. & nouioribus, in l. heredis appellatione, ff. de verb. sig.* Nam etsi verum sit quod concessio *pro heredibus* facta, titulum vniuersalem requirat, vt prædictis auctoribus placuit, id obtinere potest in concessione simpliciter *pro heredibus* facta, non sic quando fuit emphyteusis *pro heredibus & successoribus* concessa. In hac enim specie, vt illud verbũ *successoribus*, aliquid operetur, interpretationem patitur, vt etiam particularem comprehendat, & in re certa institutum hæredem, *Alex. in d. cons. 193. col. 2. per text. in l. fluminum, § aducitur, ff. de damn. infe.* quod idem voluit Decius *cons. 171. col. pen. & consil. 215. col. pen. in fi. Ripa. in l. quæsitũ, § si quis, col. 2. ff. de pri. cred. & in l. ex facto, § si quis rogatus, n. 15. ff. ad S.C. Treb.*

8 Imo, † quod plus est, vbi nulla adest hæreditas obtineri emphyteusis potest. Cõmunis enim illa resolutio, a nobis iam supra adnotata, quod feudũ, vel emphyteusis hæreditaria, ab alio quã vniuersali hærede obtineri non potest, vtrique procedit, & locum habet, quando alicui est delata hæreditas, a qua separari emphyteutica, aut feudalis successio non potest: secus vero quando nulla reperitur delata hæreditas, quia tunc sine hæreditate capi emphyteusis potest *vt tradit Decius, cons. 208. in fi. Curt. Iu. cons. 138. col. fi. Rui. cons. 17. col. fi. lib. 1.* quorum auctoritatem sequitur Ruland. *libr. 1. cons. 23. n. 45.* Sed contrarium vti verius, & receptius probat Rolan. *lib. 1. consil. 21. an. 52.* Ex quibus profectò maxima exoritur ad l. nostram, *in hoc § fi.* declaratio, vt stante concessione emphyteutica, de qua hic *pro heredibus, & successoribus,* non exigatur, quod illam petens hæres sit vniuersalis. At nihilominus a priore sententia recedendũ nõ est, imo ꝙ etiã ad cõcessionẽ *pro heredibus, & successoribus*, admitti nõ debet in re certa hæres institutus, quia vt primo loco citati auctores rectius agnouerũt, illa cõcessio titulũ postulat vniuersalẽ, nec illa adiectio *pro successoribus*, posita reperitur ad restrictionẽ verbi *heredib.* vt sic includat etiã hæredes particulares, sed magis ampliatiue, vt non modo cõprehendãtur hæredes vniuersales succedẽtes de iure ciuili, sed etiã prætorio, *vt iã diximus, q. 22. in pri.* secundũ quẽ sensum illud verbũ, *successorib.* otiosũ nõ est, & cõtradicentium interpretationem excludit, & prorsus submouet, vt nominatim post Imol. Alex. Ias. Cur. Soc. Ripam, Affl. *q. 335. n. 17.* & plures alios resoluit Rolan *lib. 1. cons. 23. n. 50. cum seq.*

Ex † quibus vtiliter quidem optime resoluit Couar. *lib. 2. resol. c. 18. n. 9.* filiũ institutũ, in sola legitima petere huiusmodi emphyteusim hæreditariã non posse, nã dato cohærede vniuersali, hoc casu filius legatarii nomen habet, *vt ibi per cũ Peral. rubr. de her. insti. n. 167.* cuius contrariũ obseruandũ esse testatur Mench *de success. cre. § 16. n. 3 requisito 20.* cui adde, quæ sup. scripsimus, *q. 9. n. 7.* 9

Sed † hæc sunt quidẽ intelligẽda, nisi instituto in re certa nullus sit datus cohæres vniuersalis, quoniã hoc casu desinit institutus in re certa legatarius esse, & vniuersã cũ sequitur hæreditatẽ submoto rei certæ nomine, *vt habetur in l. 1. § si ex fundo ff. de here. instit. & in l. si quis priore ff. ad Senat. C. Treb. l. coheredi. § fi. ff. de vulg. & in l. Ex facto 2. ff. de here. instit. DD. in l. quoties C. eodẽ tit. Peral. in rub. ff. de here. instit. n. 170. Iulius Clarus lib. 4. recep. sent. § emphyteusis, q. 38.* Id enim per ius accrescendi contingit, ne quo modo defunctus pro parte testatus, & pro parte similiter intestatus decedat, cõtra regulã *l. ius nostrũ ff. de reg. iuris l. Miles vnũ ff. de mil. testa.* vbi Bal. & Cuma. & Imol. *in d. § si ex fundo, in pr.* atq; etiam Decius *in l. 1. ad finem C. de testa. mili.* hoc ita declarant. 10

Ego addendum puto, id defuncti voluntatem efficere, quoniam vbi ille in re tantum particulari hæredẽ scripsit, secundũ verborũ contexturam videtur, voluisse pro ea tantũ parte testatus, decedere, & pro reliquis intestatus, quod quia iuris pręceptis repugnat, nec ille vitare legũ resistentiam potuit iuxta adnotata *in l. Nemo potest, ff. de leg. 1.* benignius visum fuit eam interpretationem capere, quod maluit testatus decedere: idque ex testamẽti factione, solemnitate sedulo adhibita facile deducitur, quam sane non adhiberet volens intestatus decedere, quocirca assumpta hac interpretatione quod voluerit ille testatus decedere, necessaria fuit consequentia, voluisse etiam, in re particulari institutum vniuersam consequi hæreditatem, eo nempe modo, quo secundũ nostri iuris regulas, illã potuit assequi, & consequẽter per ius accrescendi, vt iurisconsultus plane docere videtur *in l. Cum quidam 19. ff. de lib. & posthu. vt explicat Galeaula in l. Centurio. ff. de vulga. num. 147.* Pro vero autem sensu, & inductione *dict. leg. cum quidam*, videto semper subtilem Lusitanum nostrum a Costa *in ca. si pater, pagin. 47. cum seq. in 1. parte, verbo, in re certa, n. 5.*

Et † quia paria sunt, non habere cohæredem, vel datum nolle adire, hoc obseruãdũ est, quãdo institutus in re certa habet cohæredem vniuer-

salem, repudiantem tamen hæreditatem sibi delatam, quia tunc in re certa institutus vniuersam consequitur hæreditatem secundum communem scribentium sententiam, *teste Iason. in l. fin. C. de edicto diui.num.7.& ibi Decius,num.24.& Zuchar n. 192.cum sequ.* Quæ sententia, & si dubium patiatur, quoad casum & remedium illius *l.fin.* exigentis, quod hæres sit scriptus, vt illi competere possit remedium, de quo ibi, vt eo loco Iason. Decius, & Zuchar. disputant, quoad casum l. Nostræ omnis hæsitatio cessat.

12 Id † itaque emphyteusi hæreditariæ peculiare est, quod ab alio peti, quam vniuersali hærede non potest, vt ex suprascriptis, liquido constat, & ex Iason. *in l. 2. C. de iure emphyt. numero 122. & in l. Si non sortem §. si libertus nu. 35. ff. de condi. indeb. tradit Paris. lib. 1. consi. 2. n. 25.*

¶ Hinc infertur ad exhæredatum, qui non potest emphyteusim petere. *Alexand. libr. 3. cons. 10. & cons. 19. col. fin. lib. 5. & cons. 28. col. pen. eod lib. Viuius lib. opin. commu. verbo, filius exhæredatus pagin. 51* Caue tamen, quia satis est, quod sit hæres primi acquirentis. *Thobias cons. 2. nume. 33.* si modo agnati sint, non filii, *Valascus de iur. emphy. q. 44. n. 9. & q. 49. ante n. 4.*

13 Qua † ratione inter hæredes diuiditur, *vt hoc §. 6. coniuncto. §. pen. titul. 77. infra hoc lib. probatur.* Quod sane est intelligendum procedere, vt diuidatur inter hęredes pro portione hæreditaria, vt nominatim voluit Bald. *in authentic. si quas ruinas Cod. de sacro. eccle. & in l. Liberti, colum. 6. Codic. de operis libr.* contrarium resoluens in emphyteusi concessa pro filiis, non adiecto verbo, hæredibus, quia inquit, hæreditarium ius in hac specie emphyteusis non continet, quamobrem aliud censet, vbi emphyteusis erit hæreditaria, sequitur Greg. Lop. *in l. 28. tit. 8. Par. 5. verbo, o de sus herederos, col. 2. versicul. sed quid si filii fol. 50. col. 1.* Qua ratione Soci. iun. *lib. 1. cons. 72. post num. 31.* resoluit emphyteusim mixtim hæreditariam inter filios hæredes, pro virili portione diuidendam esse, non pro hæreditaria tradit Valascus de iure emph. *q. 43. nu. 5. ad finem, cum seq.* Concessio enim hæreditaria etiam feudalis rem ipsam fecit diuiduam, *vt tradunt Cur. sen. consil. 68. n. 8. & Ambro. de Opizo. in l. Filius familias, §. Diui. ff. de leg. 1. n. 109.*

14 Qua † in re adnotandum est, huiusmodi diuisionem solum per æstimationem fieri posse, vt Lusitano legislatori placuit *in l. 4. titul. 77. § pen.* ibi, *Os ditos aforamentos se hamo de partir por estimaçano entre os filhos, ou herdeiros,* vbi per partes emphyteusim posse diuidi negatur, sed per æstimationem tantum posse id fieri permittitur, ne quo modo pensio in partes diuidatur, & confundatur, *l. Communis 7. & ibi Bal. & Alber. ff. commu. diuidun. Alexand. libro 5. cons. 7. numero sexto.* Quod sane respectu dict. lex Regia huiusmodi emphyteusim hæreditariam, rem dicit esse indiuiduam, ibi, *E porque os taes bens segundo a natureza dos foros nano se hamo de partir & hamo de andar em huma soo pessoa,* ne scilicet pensio per plures soluenda necessario diuidatur, & in non modicum domini præiudicium confundatur, vt prædiximus. Plura enim habet incommoda particularis solutio, *l. Plane 3. ff. familiæ hercis. l. tutor. §. Lucius, ff. de vsuris.* Concordat sic etiam intelligenda l. Regia, *hoc tit. 62. §. post princip.* ibi, *E por quanto o dito foro nano ha de ser partido entre muitos, por se nano confundir a pensano delle, &c.* Aliter enim sua natura emphyteusis maxime hæreditaria, nedum pro filiis concessa, diuidua est, & inter hæredes potest diuidi. *l. item prædia. ff. familiæ herc. DD. in l. qui Romæ §. duo fratres. ff. de verb. obl. Valascus de iur. emph. q. 38. n. 12. & seq.* quod plane videtur agnouisse Ias. *in l. fi. C. de iure emph. n. 114.* resoluens in hac specie quando emphyteusis pro portione hæreditaria diuiditur, necessarium non esse domini directi consensum, quia a principio videtur concessus eo ipso, quod emphyteusis fuit pro hæredibus concessa. Inest enim in ea concessione tacita licentia, & facultas diuidendi. Quę resolutio in his Regnis obseruari non debet, quatenus habet, diuidi emphyteusim posse per partes, obstat enim legum regiarum dispositio, præcipiens, eam diuisionem fieri per æstimationem, quod etiam adnotauit in feudis obseruandum Dec. *cons. 445. n. 3. vers. & licet feudum,* per tex. ad id notabilem *in l. 3. ff. finium regũ.* ibi, *por eo, quod ei adiudicatur certa pecunia, condemnandus est.* Similis *in §. si familiæ, instit. de offi. iudi. & in §. eadem eod. tit.* ibi, *quod si commode diuidi non potest, tunc totus vni adiudicandus est, & is inuicem alteri certa pecunia condemnandus est* a quibus sane verbis deducta videtur d. l. Regiæ dispositio, quatenus per æstimationem præcipit, emphyteusim diuidi inter hęredes, vniq; tantũ adiudicari quod in dignitatib. obseruãdũ esse, tradit Molina, *de primog. li. 1. c. 11. n. 19.*

Sed † an in hoc casu exigatur domini directi 15 consensus, Ias. *in d. l. fi. C. de iur. emph. n. 114.* intellexit, necessarium esse, cuius sententia probant Crotus *n. 35.* Ripa *nu. 86. in l. qui Romæ §, duo fratres ff. de verbo. obli.* quorum sententiam videtur probare Ferra. *in sua praxi. lib. de diuisione hæredi. verbo, domum, ad fi. sol. 1.* resoluens esse in hoc casu domino directo soluẽdum laudemium, non minus, quam ex contractu venditionis, quoniam is cui insolidum emphyteusis adiudicatur, emere aliorum partes videtur.

At † Bar. *in d. §. duo fratres, n. 22.* oppositum pro- 16 bat, imo quod hæc emphyteusis diuisio fieri libere potest citra domini cõsensum, receptus ex Croto, & Ripa iam citatis, & ex Decio, *consil. 1:4. nu. 2. Gozad. cons. 20. n. 9. Rolan.* qui in emphyteusi id esse indubitatum probat, *lib. 1. cons. 81. nu. 46.* inducens tex. iam supra citatum *in l. item prædia ff. familiæ hercis. & l. bona eod. tit.* coniuncta *l. 1. ff. si ager vectiga.* & quod sit vera sententia comprobatur, si consideres, huiusmodi diuisionem esse necessariam siquidem sit, ex præcepto l. Regiæ & per coactionem iudicialem, quare *d. l. fin. C. de iure emphy.* dispositio eam non comprehendit, *vt tradit Iaso. ibi. nu. 113. & Rolan. cons. 81. n. 48. vol. 1.*

Iustificatur † hæc etiã resolutio ex notabili Bal. 17 traditione *in l. volũtas, n. 4. C. de fideic.* quę habet plures emphyteutas inter sceipsos libere posse emphyteusim alienare, cõmendat Paulus *ibi n. 4. & Feli. in c. qua in ecclesiarum, n. 92. de const. Ias. in d. l. fi. n. 116. C. de iure emphy in fin. Ripa in d l. qui Romæ §. duo fratres ff. de verbo obl. n. 86. in fi.* Ex quibus sane in his Regnis, in quibus emphyteusis nequit per partes diuidi, sed per æstimationem præcipitur, quod fiat diuisio, a Ias. sententia proculdubio recedendum est.

Quæ † omnia sane intelligenda sunt, quando 18 parens de huiusmodi emphyteusi hæreditaria, nihil prorsus disposuit: quia eo casu ad omnes pro portione hæreditaria pertinet, & ne in partes diuida-

dimidatur, vni tantum adiudicanda est, qui cæteris resarciat io pecunia nomerata, aut alia re hæreditaria: cuius oppositum obtinebis, si pater alicui ex filiis eam emphyteusim prælegauit, quod facere recte potest, *ex Iason. in l. 2. Cod. de iure emphyt. nu. 201. Croto in l. qui Romæ. § duo fratres. ff. de verbo. obliga. numero 142. Decio consil. 389. numero secundo Gama qu. 233. nu. 4. in fine, & seq.* Et est in promptu ratio, quia pater huiusmodi emphyteusim potest alienando filiis nocere, quemadmodum etiam potest, & omnia alia patrimonialia distrahendo. *Parisius, cons. 16. num. 48. lib. 1. idem Par. lib. 1. cons. 2. num. 31. & consil. 106. num. 27. eod. lib. & cons. 2. num. 16. & cons. 4. ante n. 19. cum seq.* & com communi resoluit Valascus, *de iure emphyt. qu. 49. n. 3. Capi. q. 64. n. 2. Ruinus, cons. 1. nu. 13. lib. 1. Couarr. lib. 2. resolu. cap. 18. num. 4. Cur. iun. cons. 155. n. 9. Socinus iun. lib. 1. cons. 72. numo. 4. & 5.* Ergo & prælegaodo vni ex filiis, potest alios eadem priuare. fuuat Bar. *in l. vt iurisiurandi. § si liberi. ff. de operis liber. nu. 6.* resoluens libertorum operas ad omnes filios pertinere, nisi illas pater vni prælegauerit, sequitur Imola *in cap. potuit, de locato, col. pen. ad fin. versicul. & pro ista parte. Alexand. cons. 12. in fine, libro 5. Panor. in ca. Raynutius, de testam. numer. 28. versicul. secundo casu.* Potest ergo parens emphyteusim (de qua agimus) hæreditariam vni prælegare, vt optime resoluit plures referens Menochius *in consilio impresso post librum de recupan. posse. numero 42. cum sequentib. fol. 45. Rubeus cons. 18. numero fin. Parisius libro 1. consil. 2. num. 49.*

19 Comprobatur † etiam hæc resolutio, si coosideres verum esse, quod iam supra adootauimus, huiusmodi emphyteusim hæreditariam petere oon posse qoempiam, nisi sit hæres: quocirca filii eius qui prælegauit contraire facto patris ooo possunt, siquidem eius sunt hæredes, *ex regula l. Cum a matre. C. de rei vind. l. Cum pater. §. euictu agris. ff. de leg. 2.* & tradit in terminis Alex. *cons. 30. n. 2. lib. 6. latius Aymon cons. 256. n. 3. lib. 1. & cons. n. 13. & 42. n. 12. lib. 1. & cons. 25. n. 11. lib. 2. Ias. cons. 168. in fi. lib. 4. Boer. q. 23. n. 20. Alcia. responso. 481. n. 20. Roland. cons. 2. n. 40. li. 1. & nouissime Menoc. cons impresso post lib. de recuperan. posse fol 45. n. 48. quibus adde Alex lib 5. cons. 13. n. 11. Affl. q. [illegible] n. 3.* Quod sane argumentum adeo graue est, vt etiam exclodat filium a petitione emphyteusis oon hæreditariæ. sed magis pro filiis concessæ, qoam oeqoe petere poterit filius hæres patris, alienatam, aut alii prælegatam. Obstat eoim illi regula *d. l. cum a matre cum supra citatis. Alex. lib. 5. cons. 21. n. 18. Valascus de iure emphy. q. 19. n. 3.* Quamobrem non videtur hac in re coostituenda differeotia inter emphyteusim hæreditariam, & ooo hæreditariam. Vtramque enim vindicare ab eo, cui pater dedit, aut reliquit, non potest *per supra scripta.*

20 Adoerteodum † tamen est, quia emphyteosim hæreditariam minime vindicat filius, etiam si hæres sit patris mediaote beneficio inuentarii, qoia huiusmodi emphyteusis hæreditaria ooo differt a qualibet alia re libera, & patrimooiali (qoam nostri allodialem vocant) *l. item prædia, 10. ff. familiæ hercisc.* qoocirca ea huiusmodi emphyteusi deducitur tertia, quæ ea illa augetur, de qua & in his Regnis testari licet, iuxta formam *l. Reg. lib. 4. titul. 70.* vt adnotauit Valascus *de iure emphyt. qu. 1. ad fin.* Quocirca respectu emphyteosis hæreditariæ procul dubio inuentarii confectio in nihil filiis prodesse potest: quemadmodum nec prodest respectu bonorum patrimonialium, *Afflict. quæstion. 16. num 3. ita lit receptum, firmans Pinellus in l. 1. C. de bonis materuis 3 par. n. 93.*

21 Coius † oppositum probabilius sane est in emphyteusi pro filiis coocessa, (quam nostri ea prouidentia vocant, seu familiarem.) Hãc enim vindicabit filius hæres cum beneficio inuentarii, ex *regula l. fin § & si præfatam Cod. de iure delib.* ita resoluendum scripsit Cur. iun. *consil. 1. numer. 12. Ruinus, 154. num. 11. libro 1. Pinellus d. l. 1. C. de bon. ma 3. p. n. 81. ampli. 7.*

Quæ meo quidem judicio iotelligenda sunt, procedere, tam in antiqua, quam noua emphyteusi, quia io vtraque militat ratio, & dispositio, *d. l. cum a matre C. de rei vindi. Ruinus, cons. 1. nu. 13. lib. 1. Valascus de iure emphyt. q. 39. n. 3.*

22 In † quo etiam aduertendom est, quoniam vt quis petere possit emphyteusim hæreditariam de qua agimus, satis est, quod sit hæres primi acquireotis per seipsum, aut mediante persona parentum suorum, licet noo sit hæres vltimi possessoris, qoi alienauit, quocirca si filius alienantis emphyteusim antiquam vindicare cupit, patris hæreditatem repudiare necesse habet, quo facto illam obtinebit, *vt tradit Bruuus, cons. 18. num. 13. Paris. lib. 1. cons. 23. ex nu. 200. Roland. lib. 1. cons. 97. a num. 55.* Aliter si patris alienantis hæreditati, se immisceat, vtique exceptiooe submouebitur, *per d. l. Cum a matre, C. de rei vindi.*

23 Porro † si est mixta, qualem sopra diximus esse, coocessam pro filiis hæredibus, quia talis emphyteusis ad extraneos transire oon potest, vindicari a filio potest, & si patris sit hæres, ooo obstaote dispositione l. cum a matre vt ootabiliter probat Decius *consil. 208. columm. 3. cum sequentib.* Concordant alii plures, quorum meminit Pioellus *in l. 1. C. de bonis mater. 3. par. n. 96. versic. infertur 8.* cuius contrariom consuluere Curt. iuni. *consilio 155. & Aymon, 258. nume. 3. lib. 1.* & Ruheus *nnmer. 18.* Ego tamen Decii seotentiam probandam censeo, quando emphyteusis fuit alicui concessa, seu vendita extraneo, ooo iis, qoos inuestitura, seo dominica concessio vocabat: io qoo casu, quia repognat coocedentis voluotas, alienantis filius, & hæres, qoasi a domino vocatus vindicare emphyteusim poterit, noo sic, quando ille est de vocatis, & si in remotiori sit gradu. Sufficit enim, quod sit de vocatis, *vt per Couarru. libro 2. resolu cap 18. nume. 4. versic. octauo infertur, in fine, Valascus, de iure emphyt. q. 49. n. 5.*

24 Adde † etiam quod filius, cui pater emphyteusim haoc prælegauit, illam est habiturus insolidum, quia ea re prælegata filii legitimam deducere non possont, ea his, quæ scripsit Bald. *in rubrica. ff. de rerum diuis. col. 1. Alex. in l. in quartã, ff. ad legem Falci. n. 16. Ias. in l. Scimus C. de inoffi. testa. n. 7. & in l. Filium quem habentem, n. 17. C familiæ herciscun.* Quocirca is cui parens emphyteosim prælegauit, illam obtiochit insolidum. Seruanda est enim patris inter filios facta diuisio, *l. quoties 10. & l. si cogitatione 21. C. familiæ herciscuu. l. parentibus, C. de inoffi. testam.*

Sed † hoc iotelligendum est, dummodo illæsa maneat ceterorum filiorum legitima, coi parentes oocere neutiquam valent, *secundum adnotata in l. quoniam in prioribus, Cod. de inoffic. testamen.* quam si

læsam, propter magnam emphyteusis æstimationem alii filii dixerint, tetenta tertia in pecunia numerata, is cui emphyteusis fuit a patre legata, replete tenebitur, & hoc iure vtimur. Id enim patris prælegatum operatur, quod ceteris filiis est præferendus in ea emphyteusi obtinenda, *ex Dec. consil. 389. n. 2. Ias. in l. 1. C. de iure emph. n. 256.*

26 Vlterius, † ex traditione supra probata, quod emphyteusis hæreditaria a bonis liberis, seu allodialibus non differat, illud necessario infertur, quod in fideicommisso vniuersali continetur, *vt tradit Socinus iun. lib. 1. consil. 72. & libro 4. consil. 79. n. 13. in q. 2. Rimi. lib. 2. cons. 257. num. 26.* Quod maxime opinor admittendum fore, quando fideicommissarius est de vocatis in concessione: quo casu illam consequitur, & si hæreditaria non sit emphyteusis *vt ibidem, num. 6. Soci probat, & libro 4. cons. 79. num. 25.* Aliter, si hæreditaria non est (quo casu fideicommisso non continetur, *vt per Rimi. libro 2. consil. 257. numer. 26.*) nec fideicommissarius est de vocatis, & nihilominus constat defunctum voluisse emphyteusim fideicommisso contineri, vtique illi æstimatio præstanda erit, *ex Socin. d. consilio 72. num. 10.*

Denique emphyteusis hæreditaria onera subit hæreditati incumbentia, *prout Valascus scripsit lib. de iure emphyt. qu. 43. nu. 5. Couar. lib. 2. resolu. c. 18. num. 4. illat. 8.*

27 Sed † an emphyteotica concessio, pro hæredibus facta fœminas comprehendat, quæstio est? quam si feudi argumento volumus decidere, partem negatiuam amplecti tenebimur, ex his, quæ tradit Corneus, firmans communem, *in consil. 199. in pr. vol. 2.* idem probans, in concessione pro successoribus *tradit Paris. libro 1. cons. 23. num. 63. & num. 115.* cuius rei illa ratio est, quia feudum conceditur pro seruitio virili bellico nempe aut simili, quod præstare fœmina non potest: Qua ratione ex tacita concedentis intentione fœminæ submouentur, quemadmodum & exclusæ censentur, quoties statuto reperiuntur, submotæ. *Butigella, in l. Stipulatio hoc modo ff. de verbo. obliga. n. 22. firmat Valasc. de iur. emph. q. 41. in prin.* Nec dixeris, concessionem feudalem hæreditariam, nedum fœminas verum etiam quoscunque alios extraneos hæredes comprehendere, quoniam illud obtinet, & procedit in concessione simpliciter hæreditaria, pro quibuscunque hæredibus facta, non quæ simpliciter pro hæredibus reperitur constituta, *vt notabiliter admonuit Paris. d. cons. 23. n. 172. cum seq. lib. 1. & cons. 106. n. 23. eod. lib. 1.*

28 At quia † vtraque ratio in emphyteusi cessat, siquidem pro dominii directi recognitione annua certa pensio soluenda ab emphyteuta venit, & pro hæredibus concessa hæreditaria est, necessario respondendum est, in concessione, *pro hæredibus*, contineri fœminas, dummodo hæredes sint, *vt nominatim resoluit Corn. libro 1. consil. 16. litera i & seq. & cons. 239. col. 1 a lit. d.* Onus enim virile, seu seruitium pro feudis præstandum, fœminis impedimento est, quo minus illa consequantur, quapropter illo cessante audiendæ sunt, vt d. loco Corneus adnotauit, & gloss. *2. l. 3. tit. 13. Par. 6.* idem probans, in quauis Regia donatione pro seruitio virili concessa. Tradit hoc idem resoluens Valascus, *de iure emphyt. qu. 41. num. 2.* limitans, in concessione facta pro filiis, de qua *infra titul. 63. §. 5.* agendum erit: Sunt igitur audiendæ fœminæ petentes emphyteusim pro hæredibus concessum, & hoc iure vtimur.

Multo † ergo magis audientur, vbi facta erit concessio, *pro propinquis*, quorum appellatione, non minus fœminæ, quam masculi continentur, *vt tradit Paris. libro 2. consil. 20. num. 18.* respicit enim huiusmodi concessio venientes ab intestato, *vt habetur in l. 1. C. vnde vir & vxor. Anton. Marcus, libr. de compromissu, q. 1. n. 11. fol. 10. tradit Barba. in l. cum acutissimi C. de fideicom. n. 120. Bursa. cons. 1. n. 39. idem Marcus Anto. d. lib. quæst. 3. num. 36. ad fin. fol. 74.* Sed an in huiusmodi concessione contineantur vir & vxor, socer, aut gener, & vsque ad quem gradum hæc concessio extendatur vide Marcum Anton. *d. q. 1. n. 12. cum seq.* 39

Quo † argumento idem dicas obseruandum in concessione, *pro attinentibus*, factu, ex his quæ tradit Paris. *lib. 2. consil. 23. num. 17. & cons. 49. eod. lib. Barba. d. l. Cum acutissimi C. de fideicom. n.* 118. Rursus, & in concessione, *pro descendentibus*, idem, sine difficultate respondendum est, ex eodem Parisio, *lib. 4. cons. 72. n. 6. Alex. lib. 5. cons. 24. nu. 13. & lib. 2. cons. 60. tradit Deci. cons. 223. n. 5. & 6. Cur. iun. 49. n. 5 Iaco. Machels, patroci. 26. n. 1.* Sed an comprehendat hæc concessio naturales filios Socinus *cons. 151. n. 8. lib. 2.* & quid si in huiusmodi concessione fiat mentio primogeniti. Parisius, *d. consi. 72. nu. 10.* 30

Idem † etiam videtur respondendum in concessione facta *pro genere*, seu *generatione*, Alexand. *cons. 30. n. 14. lib. 1. Afflict. in proœm. feudorum n. 64. Pinellus in l. 1. C. de bonn ma. par. 3. n. 90. & Menoch. cons. 61. n. 15. & 16 Imola, cons. 69. n. 2. & Iasius cons. 62. Iaso. in. soluens in l. 2. C. de iure emphy. nu. 204.* qui loquitur in concessione, pro cuncta generatione. Siue etiam *pro stipite*, ex traditis a Parisio, *lib. 3. cons. 35. a nume. 6. Cassadoro, de iure patro. q. 1. nu. 2. Barba. l. Cum acutissimi, num. 114. C. de fideicom. Corn. li. 2. cons. 219 lit. n. cum seq. & consil. 233. lit. c. & lit. d. cum seq. tradit etiam Fanus lib. de statuto exclu. fœmi. par. 3. col. 1. volu. 12. tracta. fol. 87.* vbi etiam de concessione pro prosapia, sobole, seu casatu, qui vide de his omnibus, *& Bald. in l. 2. Cod. de iure emph. in fin. vers. alii aliter, quem sequitur Soci. in l. cum vir. in fin. ff. de condi. & demonstra.* Non mireris lector optime, quod istæc ταχυμαθέστερον tractemus, auctorum sola relatione contenti. Scimus enim horum Regnorum vsum, & consuetudinem huiusmodi concessiones, non obseruare: qua ratione indignam iudicauimus earum longiorem tractationem, siquidem perraro, aut nunquam de illis erit in foro disserendum. Ceterum, quia plures aliæ passim reperiuntur, hoc in loco statuimus, nonnullas concessionum formulas referre. 31

Aliquando † reperitur concessio, pro filiis facta, quam familiarem esse non hæreditariam, iam supra adnotauimus. Quare eam filium petere posse, & si hæres non sit, resoluendum est, quia tanquam filii, maxime ab ecclesia vocati videntur. Nam ab ea concessa emphyteusis, ad extraneos non transit, *vt iam supra adnotauimus, & tradit Corneus, lib. 2. consil. 131. lit. p. cum seq. & cons. 173. colu. 1. per totam, & in lit. K. tradit etiam Decius, cons. 185. a nu. 2. Afflict. q. 140. Alex. lib. 5. cons. 129. Thobias in cons. 2. nu. 27. Valascus de iure emph. q. 44. nu. 6. Couarru.* qui firmat 32

mat

mat communem, *lib. 2. cap. 18. ante num. 3. Mencha. de success. creat. §. 20. par. 2. num. 124.* Quamuis dubitet Corn. *d. liter. K. & firmet Iaso. in l. 2. C. de iure emphyt. post num. 250.* quod in dubio, pro filiis facta concessio intelligitur, dummodo sint hæredes, vt etiam adnotauit Imol. firmans magis communem a Corneo recitatus, *libr. 3. consil. 282. ante numer. 11.* quam etiam sententiam probauit addi. Alexand. *d. consil. 219. lib. 5.* Quam nimis fouet Bart. auctoritas *in l. Si tibi decem. § si pactus, num. 6. ff. de pactis.* resoluentis, quod vbi res, sua natura est ad hæredes transmissibilis, pro filiis concessa, & stipulata intelligitur, & hæredibus, id est, dummodo sint hęredes, in quo Barto. sententiam, & traditio recepta est. *secundum Iaso. ibi num. 12. & in l. Si non sortem. § libertus, num. 35. ff. de condit. indeb. Alciat. reg. 1. præsump. 31. Rubeum, consi. 91.* Sed hæc resolutio sane intelligenda est in concessione simpliciter inita, nulla filiorum, aut hæredum facta mentione, in qua specie admittimus facile videri factam, pro filiis hæredibus, *ex adnotatis in l. Si pactum. 9. ff. de proba. Rubeus, consil. 84. num. 3. & consi. 85. num. 4.* Porro vbi concessio facta est, pro filiis hæredibus mixta censenda erit, & consequenter oportet, quod filii hæredes sint, vt illam petere valeant. Verum vbi pro filiis submoto nomine *hæredibus* emphyteusis est concessa, familiaris, seu ex prouidentia indicanda est, *ex l. quodcunque. 45. §. si quis ita. ff. de verborum obligation.* & habemus optimam legem Reg. *lib. 4. titu. 77. fin.*

33 Aliquando † etiam conceditur emphyteusis, *pro hæredibus, & descendentibus*, in qua petens probare debet, quod est hæres. & de descendentibus, *vt tradit. Paris. lib. 4. consi. 48. num. 10. cum sequen. Bald. in cap. 1. de eo qui sibi, & hæredibus, num. 6. Alexan. lib. 2. cons. 9. Pinel. in l. 1. C. de bon. mat. num. 87. versi. idem dicendum.* quamuis contrarium innuat Curt. seni. *consi. 18. numer. penultim.* concessione, pro filiis, & hæredibus facta, de qua Pinell. *d. loco col. seq. in princ.* Concessio autem pro hærede masculo, intelligitur de descendentibus, non de extraneo. *tradit Alex. cons. 105. nu. 2. versi. & quando vol. 1.* hæredis appellatio, intelligitur de descendentibus, *vt ibi.*

Rursus, quandoque fit concessio, pro filio, vel pro hærede accipientis, quæ an extendatur ad nepotem. *Palat. in rubr. de dona. inter vir. & 69. num. 19. & 32. Molina, lib. 1. de primogen. cap. 6. num. 42. cum seq.* De concessione pro filiis, an etiam prosit nepotibus, Ias. *in l. 2. C. de iure emphyt. num. 229. super quæst. 6. Salic. & in l. de quibus. ff. de legibus. nu. 19.* dicetur infra, *tit. seq. § 5. q. 11. nu. 49.*

34 Sed † *an in concessione facta, pro filiis masculis includatur nepos ex fœmina natus?* vtiliter quærit Iaso. *d. l. 2. num. 229. versic. addo tamen.* resoluens, quod non, ex Speculatoris, & Angel. auctoritate, quibus adde Aretin. *in l. Gallus. §. nunc de leg. num. 52. ad finem, cum sequ. ff. de liber. & posthum. & ibi Iaso. a num. 10. Bertrand. lib. 1. consi. 54. nu. 4. adde Pinellum, in l. 1. C. de bonis mat. 3. par. nu. 88. cum seq. Boer. q. 147. n. 16. Corn. in l. 1. C. de condit. insertis, post nu. 2.*

35 Aliquando † etiam conceditur emphyteusis, pro descendentibus masculis, de quo vide gloss. *l. 1. titu. 6. Par. 4.* Et an excludat neptes ex masculis descendentes, Iaso. *in d. l. Gallus. §. nunc de lege. a nu. 10.* vbi est bona glo. fin. *ad fi. ff. de liber. & posthum.* vbi probat neptem ex filio masculo esse de linea masculina, & est bonus text. *in l. 1. §. 1. ff. de suis & legitim. hæred.* probans, quod huiusmodi filia, ex masculo nata, est agnata, non cognata. Sed *an ista clausula, seu qualitas masculinitatis, in primo successore apposita, & requisita porrigatur ad omnes successores in infinitum, & an saltem, ne extinguatur emphyteusis ob masculorum defectum, admittantur fœminæ.* Vide glo. 2. *in l. 3. tit. 13. Part. 6. col. 3. in fin.*

Est † etiam concessio emphyteusis duobus fra- 36
tribus facta pro se, & posteris suis masculis, demum illis deficientibus pro fœminis, quo casu censentur singuli prolem suam etiam fœmineam, descendentibus alterius fratris, licet masculis prętulisse, vt expresse tradit Franciscus Zoannettus *lib. rerum quotidianarum. cap. 2. per totum*, licet enim concessionis verba, *pro liberis, descendentibusque masculis*, alterius fratris solummodo facere viderentur, vt quoad masculi alterius superessent, alterius fœminæ ad emphyteusim illam non adspirarent, quasi stipulatores ambo maluerint, fœminis conseruandæ agnationis gratia præponere, masculos: nihilominus contrarium verius est, quod non tantum feudi, sed & naturalis, & ciuilis quoque lex admittit. Sic enim Imperator differens de feudis statuit, *in cap. 1. de duobus fratribus, a capita. inuestit.* vnumquemq; fratrum in aequisitione feudi prolem suam tametsi fœmineam, descendentibus masculis alterius fratris prætulisse censeri. Quæ feudalis iuris constitutio, tum iure communi, tum etiam naturali ratione comprobata est. Ius enim commune præsumit quemque in dubio liberis suis, vtriusque sexus potius, quam aliis prospicere. *vt nota. in l. Gallus. § quidam recte. ff. de liber. & & posthum. facit l. Cum auus. ff. de condit. & demonstrat. l. Cum acutissimi. C. de fideicommiss.* Denique & naturali ratione ab hoc minime recedimus, quoniam pater filios suos, & filias, & neptes, naturæ instinctu quodam veluti seipsum diligit. *l. isti quidem. ff. quod met. caus.* Quemadmodum igitur in emphyteutica portione sua vult fratri suo anteponi, ita credendum est in eadem, filios, filiasque, nepotes, & neptes suas fratri, eiusdemque filiis, ac reliquis descendentibus, tam masculis, quam fœminis, in emphyteutico contractu prætulisse. Quod eleganter comprobat alia adducens Zoannettus *d. cap. 2. ad fin.*

Nota † etiam, quod si fiat concessio pro se, & hę- 37
rede masculo, vel si fiat mentio in testamento, pro se, & hærede masculo, intelligitur de descendentibus, non de extraneo, *notat Ioan. Andr. in additio. ad Speculat. titu. de testam. in vlt. q.* inferens, ita voluisse Richar. Mal. ita etiam voluit Rainerius, quem refert, & sequitur Bald. Raph. & Paul. de Castro, *in l. Gallus. §. etiamsi parente, de liber. & posthu.* post id quod habetur *in c. 1. § si clienticulus. de alien. feudi & not. Bald. in l. Libertis. C. de oper. liber. ad fi.* & probatur per rationes redditas per Ioan. Andr. *vbi sup.* sequitur Alexand. *consil. 105. num. 2. versic. & quando testator*, & appellatione hæredum intelligitur de descendentibus. *Lex facto. § fin. ff. ad Trebell. cum ibi not. & not. Bart. & alij. in l. Gallus. §. etiam si parente. ff. de liber. & posthum. argum. l. Publius. §. fin. ff. de condit. & demonstrat. & notat Speculator, titu. de testamen. §. 1. & Bald. in cap. 1. de natu. successi. feudi. & Angel. consil. 386. charissime frater, & Fulgos. in l. generaliter. C. de instit. & substit. & in l. Cum acutissimi. C. de fideicommiss. idem*

Fulgos.consi.15.testatur.Socinus consi.57.nu.5.lib.3.Angel. cons.266.dictum legatum.Raph.Cum.in d.l.Ex facto.§.fi. Alex.cons.105.nu.2.versi.vnde ne sequatur.

38 Sin † autem fiat concessio emphyteusis, pro se, suisque filiis, & hæredibus, per illa verba veniunt etiam hæredes extranei, *vt consuluit expresse Alexand.consi.120.num.1.volum.1.* Nam illa copula, *&*, auget, vt etiam comprehendantur hæredes, qui non sunt filii. *l.Et tamen adiectio.ff.de legat.3.* & ita concludit Barto.Bald.Angel.& Imola, *in l.Gallus.§.etiam si parente.ff.de liber.& posthum.& Bald.in d.l.Gallus.§.1.ad fin.* Saltem quando sumus in concessione facta, non ab ecclesia, sed ab alio, de cuius cōcessionis natura est, quod tunc possit transire etiam ad extraneos, *iuxta l.viam.C.locati.iuncto.§.emphyteusis, in auth.de non alien.per not.per Bart.in l.Iurisiurandi.§.si liberi.ff.de oper.liber.* Et ista est conclusio vera, & nota, *in dictis locis*, & ita etiam concludit Ioan.de Imola, *in d.l.quod dicitur.ff.de verborum obligation.& in l.Ex facto.2.ff.de hered.instit.& in c.potuit, de locato.& sequitur Alexand.d.l.quod dicitur.* Nec obstat, quod copula, *&*, debet copulare similia, & non dissimilia, *argum.l.fin.§.dulcia.ff.de vino, tritico,& oleo legato.* Nam respondeo patrem recipientem emphyteusim, pro filiis, videri stipulari, & acquirere filiis, non tanquam filiis, sed tanquam hæredibus, *vt not.in l.Si tibi.§.pactus.ff.de pactis.* Vnde videtur dicta copula posita inter dissimilia.

Nec etiam in contrarium obstat, quod sentit Alexand.*consi.80.num.12.& consil.44.volum.1.* Nam quod consuluit ibi Alexand. procedit vbicunque res, sui natura, vel pacto, non transit ad extraneos hæredes, vt feudum, vel emphyteusis ecclesiastica, vel quando emphyteusis, aut quælibet concessio priuati, limitatur ad certas generationes, vel personas, quia tunc verbum hæredibus, non extenditur ad extraneos, quia hoc esset, vel contra naturam, vel contra tenorem pacti. Ideo facit restrictionem, vt requiratur vtraque qualitas, secus quando neque natura, nec tenor pacti, impedit emphyteusim transire ad quoscunque hæredes, vt in eo, qui accepit ad libellum, vt in proposita specie ab Alexand.*d.consil.120.* Idem quoque fore arbitror, si emphyteusis ad certum tempus expresse concedatur, tunc enim verbum hæredibus cum copula additum, nec aliter restrictum, auget, efficitque, quod concessio ad filios tantum non restringatur, sed ad quoscunque hæredes, non aliter prohibitos transeat pro tempore suo, vel etiam perpetuo, si non est limitata ad certum tempus. Et in dubio quoties dicitur, *pro se, filiis & hæredibus*, filii non sunt vocati, vt filii præcise, sed in quantum præsumptiue futuri hæredes, & sic quicunque hæredes veniunt. Vnde concludo, quod in dubio verbum, *& hæredibus*, non restringit, sed ampliat: quibus addendus est Alexand.*in l.Gallus.§.etiam, si a parente.ff.de lib.& posthum.* & tradit Salic.*in l.2.quæst.20.C.de iure emph.* & obseruat Carolus, *in addi.ad Alexand.consil.120.liter.a verbo, extranei.*

39 Quandoque † etiam conceditur emphyteusis, *pro legitimis hæredibus*, de qua concessio, post Alexand. Decius, *consil.32.num.3.Pinellus in l.2.C.de bonis mat.quem vide.num.9.fol.186.col.3.tracta.additum Viglio, de success.ab intestat.pag.210.num.11.Decius etiam in l.Vnica.C.quando non peten.partes.lectu.2.num.6.cum sequen.Mench.in præfa.de success.crea.num.20.Valascus, de iure emphyt.quæst.44.numero decimo sexto, & decimo octauo, Alciat.lib.4.parado.c.7.Tiraq.de morte.2.par.decla.6.nu.8.cum seq.Ias.in l.n qui pro emptore, ff.de vsucapio.num.275.*

Quandoque † etiam fit, *pro se, & suis*, simpliciter absque alia declaratione, de qua agit Alexa. *lib.3.consil.26.num.3.Barbat.in l.Cum acutissimi.C.de fideicommiss.num.110.Hippolyt.sing.160.col.2.ad fin.Valascus, de iure emphyt.q.44.nu.15.Mencha.de success.progressu.§.26.nu.12.* 40

Aliquando † dicitur, *pro suis hæredibus*: concedimus, de quo Pinellus *in l.2.C.de bonis mat.nu.12.vbi vide fol.187.col.2.ad fi.& in l.1.p.3.num.89.Afflict.in proœmio feudorum.a numer.116.& in capit.1.an agnatus, vel filius, numero decimo tertio*, tractans, an sit hæc cōcessio hæreditaria. 41

Quandoque † etiam conceditur, *pro descendentibus*, simpliciter, de quo Gaza.*consi.20.num.3.Couar.lib.1.resolut.cap.16.num.3.Paris.lib.1.consil.13.num.6.* vbi, quod includit fœminas, & quod porrigitur in infinitum.*idem Paris.lib.2.consil.88.num.14.* ¶ At si addatur verbum, *masculis*, vt plerumque contingit, excluduntur fœminæ, *Rubeus, consil.12.numer.6.cum sequent.* quem vide, *& consi.35.num.2.cum sequ.* vbi quid dicendum si sint masculi ex fœminis nati. 42

Aliquando † etiam conceditur emphyteusis, *pro marito, & vxore, & filiis vtriusque*, vt per Paris.*lib.1.cons.6.a nu.13.* de qua concessione agendum erit, *infra tit.seq.§.5.* ibi videto. 43

Pro † posteris etiam conceditur emphyteusis, quæ concessio an fœminas comprehendat, tradit Cutri.seni.*consil.73.ante num.4.cum sequen.Loazes in l.Filiusfamilias.§.Diui.ff.de leg.1.num.67.& ibi Ambros.num.27.& Crotus numer.10.Pinellus de bonis mat.in l.3.num.31.Barbat.lib.2.consil.57.col.ante penultim.* id negat Afflict.*in cap.1.de success.feudi.num.132.cum sequen.* qui tamen contradicit *in cap.1.nu.14.de gradi success.* & stante Regni consuetudine excludente fœminas. Barba.sententiam, probat Boer.*in consi.10.* quo etiam casu illis masculis non extantibus admittendas esse fœminas probat. adde Barba.*in cum acutissimi.C.de fideicomm.num.28.& seq.& a nu.106.* At si concedatur, pro progenitis, vide Corneum, *lib.3.cons.317.nu.3.* 44

Pro † hærede nominando etiam datur concessio, qui an possit in vita nominari, tradit Bossius, *de principe.num.308.* 45

Pro † eo, quem nominaueris, frequenter fit concessio, de qua iam supra hoc titu.diffuse egimus. Quibus adde aliquando simpliciter concedi emphyteusim hoc modo, *tibi, & duabus personis post te, concedimus*, ad quam concessionem solos filios, & nepotes fore admittendos, vtique intelligo ex dispositione text.*in §.emphyteusim, in auth.de non aliena.Couarruu.lib.2.cap.17.ad fin.* quod in dubio obtinet, quamuis filiorum non fiat mentio. *Hippolyt.in l.inauditum.num.9.de Sicariis, & in l.vni.C.de raptu virgi.num.10.* Afflict. qui multipliciter limitat, in præludiis feudorum, *a num.159.* quod præsertim in emphyteusi ecclesiastica admittendum est, *ex his, quæ supra scripsimus.q.10.nu.17.* 46

Ex † quibus sine dubio resoluendum est, sub hac forma concessam emphyteusim ad hæredes 47

non

non transire: qua ratione in primogenitum, & a patre nominatum filium, vidi aliquando maximam exortam controuersiam. Contendebat enim primogenitus huiusmodi emphyteusim sibi adiudicandam fore, quia res est indiuidua, & vni tantum concedenda. Quo casu, quia a domino, patri non tepetitur data nominandi potestas, primo nato, tanquam magis dilecto, & honorando emphyteusis venit adiudicanda, *ex his, quæ scripsit Soarez. in l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testam. fol. 27. col. 3. amplia. 10. Alexand. lib. 4. consil. 4. num. 5. Panorm. consi. 3. versi. sed his, lib. 2. col. 3. Curt. de feudis. 4. par. num. 122. fallen. 10. Curt. sen. consi. 67. col. 2. versi. adduco. & Couarru. lib. 3. resolut. cap. 5. num. 3. tradunt Gomez. in l. 40. Tauri. num. 59. & Pinellus in l. 1. C. de bonis mat. 3. par. num. 17. post Tiraquell. de primogen. quæst. 17. num. 6.* Quam etiam sententiam fouet lex Regia, *tit. isto. §. 5.* vbi iam supra adnotauimus, nullo vocato ad emphyteusim, seu nominato, primogenitum præualere: quo argumento idem videtur hoc casu respondendum, in quo nullus est nominatim vocatus, nec patri concessa eligendi potestas.

Nihilominus tamen diximus, hac in re attendendam esse consuetudinem directi domini, an pro primogenitis sit solitus concedere. Aliter nomina i caussam defendi posse, ex *l. Reg. infra tit. seq. §. 5.* secundum quam interpretationem ambigua hæc concessio nominato adiudicanda est, *ex adnotatis in c. ceterum, de dona. & c. cum venissent, de eo qui mittitur in posse. Felin. in c. cum M. de constit. num. 6. & 7. & Alciat. regula. 3. præsumpt. 32. num. 13. Boer. consil. 10. num. 11. Corn. lib. 3. consi. 95. nu. 2. & cons. 138. sub nu. 2. Rubeus etiam, cons. 70.*

48 Vidi † etiam quam plures emphyteuticas concessiones, *in fauorem accipientis, & duarum personarum, secundum ordinem iuris,* omni alia submota declaratione, quarum concessionum maximam habent copiam hi, qui ripas memorabilis fluminis Minii incolunt, vbi, & nusquam alibi, obseruaui huiusmodi concessionis formam vsu frequentissimo receptam esse. Quam aliquando respondi, a proxima concessione non differre. Considerabam enim illa verba, *secundum ordinem iuris* adiecta, id tantum significare, quod post primam personam accipientis, sequatur secunda, & post hanc sequatur tertia, & vltima, vt iuris ordo, & numeri forma exigit, & consequenter, quia in dubiu videntur vocati filii, hic videtur illius concessionis sensus. vt post accipientem, primum locum obtineant filii, secundum vero nepotes, ordine quodam successiuo in his obseruando: *vt tradunt Dd. in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de liber. & posthum.* qui sane videtur ordo, quem concessio in dictis verbis respexisse, visa est. ex Decio, *in consi. 186. num. 4. versic. secundo,* vbi asserit istam concessionis formam, respicere gradus prærogatiuam, ab in estato præscriptam. Sed *an debeat hoc casu filius hæres esse,* videto Afflict. *in cap. 1. an agnatus, vel filius, post num. 59. & in cap. 1. quibus modis feud. constit. num. 3.* qui videtur resoluere, quod sic. Verum hoc ego probarem, quando intestatus pater decessit, *vt iam supra §. 3. aduertimus,* aliter sumpta interpretatione a lege Regia, *infra, tit. seq. §. 5.* is filius præferri debet in huius emphyteusis assecutione, quem pater nominauit, *ex his, quæ proxima quæst. scripsimus.*

49 Aliquando † etiam conceditur emphyteusis *pro filiis, & nepotibus,* quos quidem ordine successiuo videri vocatos, Dd. probant, *in l. Gallus. §. quidam recte, ff. de liber. & posthum. Bart. in l. quod dicitur. ff. de verborum obligat. num. 6. communis, secundum Corneum consi. 46. lit. d. lib. 3. Decium, 239. num. 3. versic. tertio. & consi. 607. num. 10. & 662. post num. 2. Iulius Clarus, lib. 4. §. emphyteusis, quæst. 35. & in §. testamentum, quæst. 80. Gabriel. consi. 86. num. 2. cum seq. Roma. consil. 22. Corn. 24. colum. penultim. lib. 2. Socinus iunior, lib. 1. consi. 124. num. 10. Alexan. lib. 5. consi. 129. num. 3. Iulius Clarus, lib. 4. §. emphyteusis, quæst. 35.* Sed an includat nepotem ex fratre. Pelaez, *lib. 1. de primogen. quæst. 15. num. 31.* ¶ Hæc tamen concessio prodest nepotibus nondum natis, *Bart. l. stem prætor, ff. de suis & legitim. hered. Iaso. in l. quod dicitur, ff. de verbo. sign. numer. 43. Menoch. consil. 92. num. 56. cum sequent. Ruinus. lib. 1. consil. 35. num. 14. & consil. 22. num. 11. lib. 2. Crauet. consi. 19. num. 10.*

Nec mirum, si consideres, quod quando duo copulatiue vocantur, inter quos dispar consideratur affectionis ratio, quemadmodum contingit in casu, de quo agimus, quando vocantur filii, & nepotes, vtrique respondendum esse, eos dici vocatos ordine successiuo, secundum quem charior primo loco succedit, & sic filii, deinde illis extinctis nepotes, vt nominatim voluit Bart. sic ampliens text. *ibi, in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de liber. & posthum.* vt procedat non modo quando filii, & nepotes vocantur a parente ad hæreditatiam successionem: quo casu vltra ordinem charitatis, & affectionis adest, instituendi necessitas, *vt habetur in ea l. Gallus.* Verumetiam, quando non concurrit illa necessitas, quemadmodum contingit in concessione facta pro fratre, & eius filiis: nam quamuis frater fratrem non teneatur hæredem instituere, *secundum adnotata in l. fratres. C. de inoffic. testam.* nihilominus tamen, si fratrem, & eius filium hæredem instituit, vtrique ordine successiuo instituisse dicitur, vel etiam si quis filium naturalem, & ex eo nepotem instituat, *vt tradit Ias. d. §. quidam recte. num. 22.* Quo argumento concessa emphyteusis, pro filiis, & nepotibus, ex ordine charitatis, & dilectionis primo, pro filiis, deinde pro nepotibus concessa censeri debet.

Caue † tamen, quia Bartol. sententia in hoc 50
communiter reprobatur a Dd. *in d. §. quidam recte. ff. de liber. & posthum.* vt est videre per Couarru. *in c. Raynutius. §. 2. num. 1. de testam. fol. 326. Alciat. regula. 1. præsumpt. 26. num. 5. Mencha. lib. de success. crea. §. 20. par. 2. num. 118. cum sequen.* & dicit Anchar. *in d. c. Raynutius, num. 80.* Pro hac opinione esse ibi tex. singulariter probantem, quod cessante ratione necessitatis, vbi plures vocantur, æqualiter succedunt, & est ille text. admirabilis, *secundum Barba. ibi. num. 16. & Aretin. d. §. quidam recte. numer. 6. & Imolam, in d. c. Raynutius, num. 23. Decium, consi. 336. col. 2. & consil. 95. num. 2. Lancellottum, d. §. quidam recte. nu. 20. licet Barba. in d. c. Raynutius, Crotus, versi. secundus casus, & Soci. nu. 3. d. §. quidam recte. & Fortu. nu. 47. Bar. defendere tentent, & Galeau. ibidem, nu. 21.*

Quocirca † emphyteusis concessa, *alicui, & fi-* 51
liis suis, coniunctim patri, & filiis debetur, *ex mente Angel. in d. §. quidam recte, num. 5.* Et consequenter idem videtur respondendum in concessione, pro filiis, & nepotibus, quod omnibus debeatur. Cōmunis tamen scribentium resolutio oppositum

nn refnrmare, & est huius sententiæ contra Paulum, *gloss. d. l. 2. de loca. pred. ciui.* atque etiam Ripa, *de remediis praserua. contra pestem, numer. 259.* Aliter nihil prorsus dominn proderit a principio pro certo tempore, rem suam concessisse, siquidam, *vt Paulus credit*, pro eadem pensione, & mercede, necessarin renouanda concessin est. Quod sane, menti Dominicæ cnntradicit, qui simulac pro tempore tantum cnncessit, tempore lapso, qun res iam erat futura fertilis intellexit, vel sibi retinere posse, vel prn multo maiore pensione, & mercede, se locaturum cui intentioni adnersatur Paulus, concedens posse dnminum, pro eadem pensione renouare compelli.

65 Quamobrem, † Ripa, *d. lib. de peste, §. de remediis praseruat. post numer. 259.* aliter definiendum intelligens scripsit, Pauli sententiam defendi posse, quando ecclesia rem sic a colono, seu emphyteuta melioratam, vult alii extranen concedere, in qua specie vrget æquitas, & naturalis illa æqualitas, qua Paulus *in d. consil. 142.* fundatur, si modo primus colonus eandem mercedem, quam extraneus vult præstare, non recuset soluere *l. congruit, de loca. prad. ciui. Cardin. & Panormitan. in d. c. ad aures.*

66 Ceterum, † vbi ecclesia nulli alii vult concedere, intelligens sibi maxime eam rem expedire, respondendum est, colono iniuriam nullam facere, dummodo illi expensas melioramentorum soluat, secundum communem canonistarum, *in d. cap. ad aures.* Quæ traditin procedit quando res sterilis a principio fuit concessa ad tempus certum, iam finitum & lapsum, quod tamen praxis nnn admittit.

67 Non † sic quando a principio fuit in perpetuum concessa, quemadmndum concedi sine dubio potest, *vt dicemus in tract. de acquisi. emphy.* Quoniam amoueri a tali concessione colonus, aut emphyteuta, non potest, nec pensio vllo modo augeri, *l. 2. cum gloss. & in l. fin. C. de loca. prad. ciuilis. coniuncta l. fin. C. de omni agro deserto.*

68 Quod † sane intelligendum est, dummodo colonus rem sterilem conductam, aut in emphyteusim cnncessam, ad culturam reducat. Aliter enim si mnnitus reducere negligat priuari recte potest, *vt notabiliter explicat Ripa, in d. §. de remediis praseruat. numer. 261. lib. de peste.* Vbi etiam Paulum *in d. consil. 142. lib. 2.* defendit, quandn is qui ad culturam rem reduxit, multo plus expendit, qnam ex fructibus lucratus est. Vrget enim æquitas, ne suos labores lugeat, sed de his iam satis.

69 Vlterius † emphyteusis cnncessa alicui impotenti, & sic ei qni nnn potest sobolem habere descendentem, & legitimam, pro extraneis videtur concessa, *secundum adnotata in l. 3. ff. de liber. & posth. tradit Curt. de feudis, 2. par. 3. par. numer. 4. in fin.*

70 Denique † semel ad extraneos transmissa emphytensis perpetun manet ad extraneos transmissibilis, *secundum Ruinum, libro 1 consil. 161. num. 33.* Adde, id qund diximus, emphyteusim ecclesiasticam, non transire ad extraneos hæredes, intelligendum esse, respectu ipsius principalis concessinnis emphyteuticæ, quam extranei non consequuntur, ceterum si contingat de cnnsensn domini eandem emphyteusim alii concedi ad faciem primæ concessionis, hanc extranei nbtinebnnt, *vt tradit Rum. lib. 1. consil. 168. numer. 9.* si modo primus emphyteuta est quidam priuatus.

SVMMARIA.

1 *Successor particularis non capit emphyteusim, pro heredibus, seu successoribus concessam.*
2 *Concessio pro quibuscunque heredibus ad particularem successorem pertinet.*
3 *Concessio pro heredibus, & successoribus non prodest particulari successori.*
4 *In contrarium, quod concessio pro heredibus, etiam prodest legatario, quamuis extraneo.*
Legari emphyteusis hereditaria potest.
5 *Emphyteusis ecclesiastica pro heredibus concessa, non transit in legatarium extraneum.*
Verba vniuersalia a lege prolata, non porriguntur ad particularem heredem.
6 *Institutus heres in re certa, emphyteusim non capit hereditariam.*
7 *In contrarium imo quod heres in re certa, emphyteusim capit, sed contra verius.*
8 *Vbi nulla est hereditas, emphyteusis hereditaria capitur sine illa.*
9 *Filius institutus in legitima, non capit emphyteusim hereditariam.*
10 *Fallit, quando heres in re certa, non habet coheredem.*
11 *Idem si coheres datus repudiauit.*
12 *Solus heres vniuersalis petit hereditariam emphyteusim.*
13 *Emphyteusis hereditaria, diuiditur inter heredes, pro portione virili.*
14 *Per æstimationem debet fieri diuisio.*
Interpret. Ordin. lib. 4 titul. 62. §. 1. & titul. 77. § pen.
15 *Consensus domini directi necessarius est, in hac diuisione.*
16 *Diuidi potest emphyteusis per æstimationem, sine consensu domini.*
17 *Plures emphyteutæ inter se libere possunt alienare inconsulto domino.*
18 *Potest pater vni ex filiis emphyteusim prælegare.*
19 *Filius heres non potest contraire facto patris.*
20 *Filius heres etiam cum beneficio inuentarii, non vindicat emphyteusim hereditariam.*
21 *Fallit, si emphyteusis non est hereditaria.*
Ampliа in emphyteusi antiqua.
22 *Emphyteusim antiquam hereditariam, potest filius vindicare, & patris hereditatem repudiare.*
23 *Emphyteusim mixtam, filius etiam heres patris vindicat.*
24 *Emphyteusim prælegatam filius capit insolidum.*
25 *Fallit, quando fratrum læditur legitima.*
26 *Emphyteusis hereditaria in fideicommisso continetur.*
Aestimatio est danda, quando fideicommisso contineri non potest.
Emphyteusis hereditaria, onera subit hereditatis.
27 *Concessio pro heredibus, comprehendit fœminas.*
28 *Emphyteusim pro heredibus capit fœmina, non feudũ.*
29 *Concessio pro propinquis, includit fœminas.*
30 *Concessio pro attinentibus, includit fœminas. Pro descendentibus continet fœminas.*
31 *Concessio pro genere, generatione, vel stirpite, sobole, prosapia, & casata.*
32 *Concessio pro filiis familiaris est, non hereditaria.*
33 *Concessio pro heredibus, & descendentibus.*
Concessio pro herede, vel pro filio, an prosit nepoti.

34 Con-

34 *Concessio pro filiis masculis, excludit nepotem ex filia.*
35 *Concessio pro descendentibus masculis, non excludit neptem ex filio masculo.*
Qualitas masculinitatis, ad omnes successores porrigitur.
36 *Concessio facta duobus fratribus pro se, & posteris suis masculis.*
37 *Concessio pro se, & herede masculo, intelligitur de descendentibus, non de extraneo.*
38 *Concessio pro se suisque filiis, & heredibus, includit etiam heredes extraneos.*
39 *Concessio pro legitimis heredibus.*
40 *Concessio pro se, & suis simpliciter.*
41 *Concessio pro suis heredibus.*
42 *Concessio simpliciter, pro descendentibus.*
43 *Pro filiis vtriusque.*
44 *Concessio pro posteris.*
45 *Concessio pro herede nominando.*
46 *Concessio facta Titio pro se, & duabus personis post se.*
47 *Emphyteusis quando ad vnum tantum pertinet, primogenito est concedenda.*
Concessio dubia regulatur secundum legem Regiam.
48 *Pro duabus personis secundum ordinem iuris.*
49 *Pro filiis, & nepotibus ordine successiuo, videtur facta concessio.*
50 *In contrarium, quod ordo successiuus cessat, vbi necessitas cessat.*
51 *Pro filiis ordo successiuus obseruandus.*
52 *Nepos intrans locum patris.*
Pro masculis, & fœminis ordo successiuus, est obseruandus.
53 *Amplia in concessione alternatiua. Clausula vsque ad annos 60.*
54 *Filii fratris nepotes dicuntur, & emphyteusim petunt pronepotibus concessam.*
55 *Concessio pro filiis, & nepotibus, non est hereditaria.*
56 *Concessio de herede in heredem, pro sobole. numer. 57. pro posteris, num. 58. pro maiori de domo num. 59. pro domo mea, num. 60. pro linea mea, nume. 61. pro progenie, num. 62. pro parentibus, & parentela, num. 63. pro attinentibus, numer. 64. pro gente tua, nu. 65. pro consanguineis, pro hominibus tuis, pro natis tuis, pro proximis, pro generatione, pro liberis seu filiis, pro affinibus, pro familia, pro coniunctis, pro agnatis.*
66 *Concessio pro Cippo, pro filiis primi matrimonii, n. 67. pro filiis legitimis, pro successoribus, nu. 68.*
69 *Concessio pro filiis masculis, excludit fœminas descendentes ex eis.*
70 *Concessio pro filiis, & heredibus, quibus volueris. n. 71. pro heredibus successoribus, & descendentibus. Itē, pro filiis heredibus, nu. 72.*
73 *Concessio pro se, & filiis suis, & heredibus masculis, & fœminis. Item transit ad fœminas, in re certa institutas.*
74 *Concessio pro primogenito, illum tantum respicit, qui tempore mortis paterna talis est.*
75 *Verbum primogenitus, sua natura respicit tempus natiuitatis.*
Concessio pro tertia generatione, in pronepotem transit.
76 *Concessio pro filiis, non exigit quod sint heredes, etiam si emphyteusis sit priuata.*
77 *Emphyteusim pro filiis concessam, filius petere potest, & hereditatem repudiare.*
78 *Fallit vbi est concessa emphyteusis, pro filiis & heredibus.*
79 *Concessio pro tertia generatione, non exigit quod emphyteusim petens sit heres.*
80 *Soluere debita paterna, ex emphyteusi quando filius teneatur.*
81 *Concessio pro propinquis respicit ab intestato succedentes.*
Concessio pro primo nascituro.
82 *Simplex concessio nulla filiorum aut heredum mentione facta.*
83 *Concessio pro liberis, non excedit trinepotem & num. 84.*
85 *Pro descendentibus per lineam masculinam fœminas excludit.*
86 *Emphyteusis concessa pro filiis descendentibus per lineam masculinam, non spectat ad fœminas.*
87 *Neptis ex filio, dicitur de sexu virili.*
88 *Nepos ex filia non dicitur sexus virilis.*
89 *Semel admissa fœmina perpetuo manet, & alios excludit.*
90 *Vltimi possessoris proximitas consideranda.*
91 *Linea incipit a patre.*
92 *Si vocentur descendentes de vno in alium per lineam masculinam an patruos excludat fœmina.*

QVÆSTIO XXIV.

VLterius † sciendum est, quod huiusmodi emphyteusim *pro heredibus* concessam, vel successoribus, non capit successor singularis. Exigitur enim, quod sit vniuersalis, ex mente concedentis, qui eo ipso, quod *pro successoribus*, emphyteusim concessit, intellexit necessarium esse, vt vniuersalis fuisset hæres, seu successor, non particularis, per text *in l. quadam, 9. §. nihil interest, ff. de edendo:* vbi successoris appellatione, non contineri donatarium, aut legatarium, I.C. docuit, *in vers. si autem cui, vt ibi notant DD. & Iaso. n. 2. nota. 2. Bal. in l. emptorem, col. 3. C. locati, Feli. in cap. in præsentia, n. 26. de proba. Peralta, in rubr. ff. de hered. institut. num. 165.* Et est in promptu ratio, quia verba sunt semper intelligenda, in potiori significato, *l. 1. §. qui in perpetuum, ff. si ager vectig. l. quæritur, ff. de statu homi.* Qua ratione, vt Iason. ait, ille text. quotidie ad hoc allegatur, quod successoris appellatione vniuersalis, non particularis continetur, tradunt in feudo hæreditario, Decius, *cons. 185. n. 5. & Affl. q. 335. col. 4. & 385.* resoluentes illud petere non posse, qui hæres vniuersalis non fuerit. Concordat Brun. *consil. 9. col. 3. & Curt. Sen. cons. 82. col. 4. & 5. n. 6. & 7.* vbi notabiliter de hac re agit, & Imol. *in l. quod dicitur, col. pen. ff. de verbo. obl.* & Paris. *lib. 1. consil. 16. num. 14.* hoc idem probat oportere, quod vniuersalis hæres sit qui hæreditarium feudum petit, & ibi *n. seq.* alios, ad idem auctores adducit, & in emphyteusi procedere, probat Cur. *in d. loco, Fely. in c. quia, de iud. n. fi.* dixit communem Paris. *cons. 23. num. 189. lib. 1.* licet contradicant hi, quorum meminit Paris. *d. nu. 14.* quibus adde Alcia. *respon. 343. in fi.* citantem Alex. *lib. 2. cons. 193.* & quæ ipse tradit *in l. heredis, ff. de verbo. signi.* 1

Quorum † ego sententiam intelligo obseruandam, in concessione facta *pro quibuscunque heredibus*, quæ ex verborum generalitate, etiam ad 2

particularem hæredem, seu successorem pertinet, *Bal. in c. 1. de prohibit. a feudi alien. post n. 5. an agnatus, vel filius, Socin. in l. si rem, 5. ff. de excep. Cotta, in verbo, quibuscunque, & verbo, feudum concessum mihi, Iaso. in l. quadam, §. 1. ff. de edendo, n. 3. vbi citat Bald. & Alex.* Geminatio enim illa verborum *quibuscunque*, aliquid solet, & debet operari, *vt habetur in l. Balista, ff. ad Trebell. cum aliis, de quibus per Iaso. in d. loco, tradit Alex. in l. quod dicitur, n. 29. ff. de verbo oblig. & Curt. Senior, consil. 28. n. 7. Roland consil. 96. nu. 36. vol. 1. Corn. lib. 1. cons. 239. n. 22. col. 2. ad fi. gl. Par. 5. tit. 8. l. 28. ver. O de sus herederos, col. 1. ad fin. Barba. in l. cum acutissimi, C. de fideicom. nu. 159. tradit Alex. in l. stipulatio ista § sicut; ff. de verb. oblig. nu. 6. Hippoly. in l. vnius §. cognituram nu. 23. ff. de qq. Tiraq. de retr. lign. §. 1. gloss. 7. a nu. 20. Quintil. regu. Chancel. 33. q. 6. nu. 3.* quibus adde Sylua *cons. 30. a nu. 26. & cons. 52. nu. 6. Benincas. in §. omnium, de actio. nu. 56. Pinellum, in l. 2. C. de bon. mat. nu. 12. versic. quod plures.*

3 Quo † tamen in loco de huius traditionis veritate dubitat, ex auctoritate Imolæ, *in d. l. quod dicitur, ff. de verb. oblig. col. 10. nu. 14.* resoluentis concessionem geminatam, *pro hæredibus, & successoribus*, non comprehendere particulares successores, tam iure ciuili, quam prætorio succedentes, quod probat Alexand. & Iason. *in d. l. quidam. §. 1. ff. de edendo, ante nu. 4. Decius, consil. 108. nu. 7. Ripa, lib. 1. resp. c. 16. nu. 17. Curt. Sen. cons. 82. col. pen.* Qua extante sententia periclitatur, supra scripta, quæ habet concessionem *pro quibuscunque hæredibus*, capere posse, etiam particularem successorem. Vtraque enim geminationem habet verborum, quare quemadmodum illam particularis successor non capit, ita nec istam capere poterit. Vniuersalis enim locutio non solet rei naturam immutare, *Iacobin. lib. de feudis, verbo, quibuscunque hæredibus late Tiraq. lib. de retr. lign. §. 1. gloss. 7. nu. 27.* vbi inquit de hoc esse bonum *text. in l. stipulatio ista, 38. §. sicut ff. de verb. obliga.* vbi verbum, *quicunque successores*, non comprehendit particulares, *secundum gloss. ibi, & Doctores communiter.* Ibi enim fuit a me interposita stipulatio, vt rem mihi habere liceret, & Iurisconsultus Vlpianus ait, non mihi tantum eam stipulationem prodesse verum etiam & omnibus successoribus meis. Ceterum, quia illud verbum, *successoribus quibuscunque*, secundum prædicta videbatur, etiam comprehendere particulares notabiliter gloss. exponit *quicunque ei succedunt*, scilicet in vniuersum ius. Sequuntur eam Doctores communiter, intelligentes illam verborum generalitatem ad solos vniuersales hæredes referendam esse, quod etiam videtur probare gloss. ibi, verbo, *Ceterum, in princ. illius legis.* Quocirca, inde sumpto argumento ad casum nostrum deducitur concessionem, *pro quibuscunque hæredibus*, seu *successoribus* particularibus non prodesse.

4 Quocirca, † vtiliter Pinellus, *in d. l. 1. C. de bon. mater. nu. fin.* certius credit Imolæ sententiæ, supra proxime citatæ adhærendum non esse, veriusque esse, concessionem illam geminatam, *pro hæredibus, & successoribus*, etiam particularibus prodesse, per text. *in l. in conuentionibus, 217. ff. de verb. signi.* vbi hæc verba, ad propositum notanda, Papinianus scripsit, *In conuentionibus contrahentium voluntatem potius quã verba spectari placuit, cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locauerint, vt ad hæredem eius qui susceperit, pertineret, ius hæredum ad legatarium quoque transferri potuit.* Ecce qualiter, pro hærede facta concessio, legatario prodest, & sic particulari successori, cui res, seu emphyteusis legata est, nec hunc mirum si consideres, nullum prorsus inde dominum incommodum pati, siquidem sua non interest, magis hunc quam illum rem possidere, dummodo ex domini consensu possessionem ingrediatur Alcia. *d. l. in conuentionibus.* Vterque enim est eam pensionem soluturus, secundum concessionis formam. Nihil item de iuribus dominicalibus de quibus habetur *in l. fi. C. de iu. emphyt.* illi detrahitur. Ergo nun est, cur legatario huiusmodi negari emphyteusis debeat, vt in specie per text. *in d. l. in conuentionibus,* adnotauit Spec. *tit. de locato, §. tunc aliqua, q. 112. & q. seq. num. 138. cum seq. Alex. consil. 193. lib. 2. nu. 2. idem Alex. in d. l. quadam, §. 1. num. 2. ff. de edendo, & lib. 5. consil. 21. col. 2.* quem ad id citat Alcia. *in d. in conuentionib. col. fi. Ias. in l. fi. C. de iure emph. n. 75.* & subtilis Costa eos sequutus, *in lib. de success. regni. pag. 39.* qui adnotauit in casu nostræ l. Reg. *in hoc §. & § pen. tit. 77. lib. 4.* emphyteusim pro hæredibus concessam, licet non addatur, & pro successoribus, ad hæredes transmissibilem esse, & ad legatarium, similiter transire posse, quamuis Pinellus, qui præcitatos forte auctores, non preuiderat, *in d. n. fi. l. 2. C. de bo. ma.* adnotauerit, ad dispositionem *d. l. in conuentionibus,* aduerti non solere, cum nihil magis soleat, vt est videre per auctores iam supra citatos, & per Alcia. *responso 74. nu. 2.*

Nec † mouere possunt in contrarium addu- 5
cta iura, quibus probatur necessaria esse verba vniuersalia, vt ad particularem successorem, transire emphyteusis possit, quoniam vt notabiliter Pinellus, ibid. l. adnotauit, admitti possunt in feudis, & in emphyteusi ecclesiastica, & similibus, in quibus rei natura, & subiecta materia id postulat, ne ad extraneos fiat transitus. In his sane verba vniuersalia necessaria sunt, vt intelligamus concedentem, etiam pro legatario, & sic particulari successore extraneo, emphyteusim concessisse. Cui resolutioni minime obstat tex. ille, *in l. stipulatio ista 38. §. sicut, ff. de verb. obl.* vbi vniuersalia *quicunque successores*, non comprehendunt particularem successorem, quia illa verba fuerunt a lege prolata, non ab homine, vt in casu nostro contingit, vt explicat Tiraq. hanc differentiam constituens *in lib. de retract. lig. §. 1. glo. 7. n. 29.*

Vnde † iam vtiliter infertur, institutum in re 6
certa, huiusmodi emphyteusim, hæreditariam capere non posse, si modo cohæredem habeat vniuersalem, quia in specie, legatarii loco institutus in re certa habetur, *vt adnotatur per text. ibi, in l. quoties 13. C. de hær. inst. Ias. in l. 2. n. 228. de iu. emph. Iul. Clar. lib. 4. § emphy. q. 38. Bursa. cons. 92. n. 24. & seq. ex Iulio. Cla. in d. q. 38. & verbo, feudum, q. 86. Alex. & eius addit. lib. 5. cons. 129. n. 5. cum aliis, de quibus per Bursa. ibi, & n. 27.* Hæres enim institutus in re certa, nominatus non potest dici, qui ad rem particularem vocatus est, *vt diximus q. 9. in princ.* Quocirca quemadmodum legatario emphyteusim hanc hæreditariam dari non posse verum est, ita respondendum est, instituto in re certa negandam esse, quia vniuersalis titulus, vtique necessarius est, *vt in specie voluit Bald. in l. libertis, n. 26. C. de oper. liber. Saly. in l. 2. C. de iu. emph. q. 20. Ang. & Alex. col. pen. in l. Gallus, §. etiam ff. de*

lib. &

lib. & posthu. Couar. lib. 2. reso. c. 18. nu. 5. Alex. etiam in l. quadam, §. 1. n. 7. ff. de eden. Cæsar Lamber. Ripa, Carolus, & quidam alii, quorum meminit Mencha. lib. de success. crea. §. 16 requisito 20. n. 2. ad fi. & Valasc. de iu. emph. qu. 43. ad fi. vbi id tam in profana, quàm ecclesiastica emphyteusi obseruandum esse testatur & tradit Greg. Lop. in Par. 6. tit. 3. l. 14. & l. 18. tit. 8. Par. 5. verbo, O de sus herederos, col. 2. post vers. sed quid si filii, & Rolandus, lib. 1. cons. 23. n. 46. cum seq. Paris. li. 1 cons. 20. n. 28. & cons. 16. n. 14. rursus, & cons. 23. n. 192. eod. lib. adde etiam Ias. in l. 2. C. de iu. emph. n. 228. & Soc. iun. lib. 2. cons. 58. Tiraq. lib. de morte, 2. par. declar. 4. n. 15. & comprobat plures alios citans Rolandus, d. cons. 23. n. 48 cum seq. lib. 1. ex communi scribentium resolutione, in l. fi. C. de edicto. Diui Adri. volentium remedium illius l. heredib. concessum negandum fore institutis in re certa, vt ibidem post alios resoluit Zuch. n. 190. Goz. cons. 20. n. 30. & cons. 21. nu. 12. Ex quibus liquet hanc communem sententiam esse, quibus addo Peral. in rub. ff. de her. inst. ante n. 168.

7 Cuius † tamen contrarium tenuerunt plurimi, de quorum numero est Bal. in c. 1. col. 5. re succes. feud. Prepo. in c. 1. an agna idem Bal. in l. iurisiurandi, §. si liberti, ff. de oper. libe. & cons. 60. vbi nominatim loquitur in emphyteusi hæreditaria, & illam concedit hæredi in re certa instituto, sequitur Imo. in l. ex facto, la grande. ff. de her. insti. concordat Alex. cons. 128. col. fi. n. 8. lib. 1. & cons. 8 col. 1. lib. 3. Calca cons. 78. n. 20. Deci. 78. col. 2. & 208. col. fi. Goza. cons. 26. n. 26. & cons. 86. n. 23. in fi. & num. 186 ad fi. lib. 1. Quamuis Valasc. d. q. 43. infi. solum Guil. contradicentem referat: quibus adde Socinum. lib. 2. cons. 58. ante n. 7. cum seq. hanc opinionem probantem in concessione pro heredibus, & successoribus facta, ad quam intelligit admittendũ fore hæredem, in re certa institutum, ex Alex. cons. 193 col. 1. lib. 2. & nouioribus, in l. heredis appellatione, ff. de verb. sig. Nam etsi verum sit quod concessio pro heredibus facta, titulum vniuersalem requirat, vt prædictis auctoribus placuit, id obtinere potest in concessione simpliciter pro heredibus facta, non sic quando fuit emphyteusis pro heredibus & successoribus concessa. In hac enim specie, vt illud verbũ successoribus, aliquid operetur, interpretationem patitur, vt etiam particularem comprehendat, & in re certa institutum hæredem, Alex. in d. cons. 193. col. 2. per text. in l. fluminum, § aducitur, ff. de damn. infe. quod idem voluit Decius cons. 171. col. pen. & consil. 285. col. pen. in fi. Ripa. in l. quæsitũ, §. si quis. col. 2. ff. de pri. cred. & in l. ex facto, § si quis rogatus, n. 15. ff. ad S.C. Treb.

8 Imo, † quod plus est. vbi nulla adest hæreditas obtineri emphyteusis potest. Cõmunis enim illa resolutio, a nobis iam supra adnotata, quod feudũ, vel emphyteusis hæreditaria, ab alio quã vniuersali hærede obtineri non potest, vtique procedit, & locum habet, quando alicui est delata hæreditas, a qua separari emphyteutica, aut feudalis successio non potest: secus vero quando nulla reperitur delata hæreditas, quia tunc sine hæreditate capi emphyteusis potest vt tradit Decius, cons. 208. in fi. Curt. Iu. cons. 138. col. fi. Rui. cons. 17. col. fi. lib. 1. quorum auctoritatem sequitur Roland. libr. 1. cons. 23. n. 45. Sed contrarium vti verius, & receptius probat Rolan. lib. 1. consil. 21. nu. 52. Ex quibus profecto maxima exoritur ad l. nostram, in hoc § fi. declaratio, vt stante concessione emphyteutica, de qua hic pro heredibus, & successoribus, non exigatur, quod illam petens hæres sit vniuersalis. At nihilominus a priore sententia recedendũ nõ est, imo quod etiã ad cõcessionẽ pro heredibus, & successoribus, admitti nõ debet in re certa hæres institutus, quia vt primo loco citati auctores rectius agnouerũt, illa cõcessio titulũ postulat vniuersalẽ, nec illa adiectio pro successoribus, posita reperitur ad restrictionẽ verbi heredib. vt sic includat etiã hæredes particulares, sed magis ampliatiue, vt non modo cõprehendãtur hæredes vniuersales succedẽtes de iure ciuili, sed etiã prætorio, vt iã diximus, q. 22. in pri. secundũ quẽ sensum illud verbũ, successorib. otiosũ nõ est, & cõtradicentium interpretationem excludit, & prorsus submonet, vt nominatim post Imol. Alex. Ias. Cur. Soc. Ripam, Affl. q. 335. n. 17. & plures alios resoluit Rolan lib. 1. cons. 23. n. 50. cum seq.

Ex † quibus vtiliter quidem optime resoluit Couar. lib. 2. resol. c. 18. n. 9. filiũ institutũ, in sola legitima petere huiusmodi emphyteusim hæreditariã non posse, nã dato cohærede vniuersali, hoc casu filius legatarii nomen habet, vt ibi per cũ Peral. rubr. de her. insti. n. 167. cuius contrariũ obseruandũ esse testatur Mench. de succes. cre. §. 16. n. 3 requisito 20. cui adde, quæ sup. scripsimus, q. 9. n. 7. 9

Sed † hæc sunt quidẽ intelligẽda, nisi instituto in re certa nullus sit datus cohæres vniuersalis, quoniã hoc casu desinit institutus in re certa legatarius esse, & vniuersã cõsequitur hæreditatẽ submoto rei certæ nomine, vt habetur in l. 1. § si ex fundo ff. de hære. instit. & in l. si quis priore ff. ad Senat. C. Treb. l. coheredi. §. fi. ff. de vulg. & in l. Ex facto 2. ff. de here. instit. DD. in l. quoties C. eodẽ tit. Peral. in rub. ff. de here. instit. n. 170. Iulius Clarus lib. 4. recep. sent. § emphyteusis, q. 38. Id enim per ius accrescendi contingit, ne quo modo defunctus pro parte testatus, & pro parte similiter intestatus decedat, cõtra regulã l. ius nostrũ ff. de reg. iuris l. Miles vnũ ff. de mil. testa. vbi Bal. & Cuma. & Imol. in d. § si ex fundo, in pr. atq; etiam Decius in l. 1. ad finem C. de testa. mili. hoc ita declarant. 10

Ego addendũm puto, id defuncti voluntatem efficere, quoniam vbi ille in re tantum particulari hæredẽ scripsit, secundũ verborũ contexturam videtur, voluisse pro ea tantũ parte testatus, decedere, & pro reliquis intestatus, quod quia iuris præceptis repugnat, nec ille vitare legũ resistentiam potuit iuxta adnotata in l. Nemo potest. ff. de leg. 1. benignius visum fuit eam interpretationem capere, quod maluit testatus decedere: idque ex testamẽti factione, solemnitate sedulo adhibita facile deducitur, quam sane non adhiberet volens intestatus decedere, quocirca assumpta hac interpretatione quod voluerit ille testatus decedere, necessaria fuit consequentia, voluisse etiam, in re particulari institutum vniuersam consequi hæreditatem, eo nempe modo, quo secundũ nostri iuris regulas, illã potuit assequi, & consequẽter per ius accrescendi, vt iurisconsultus plane docere videtur in l. Cum quidam 19. ff. de lib. & posthu. vt explicat Galeaula in l. Centurio. ff. de vulga. num. 147. Pro vero autem sensu, & inductione dict. leg. cum quidam, videto semper subtilem Lusitanum nostrum a Costa in ca. si pater, pagin. 47. cum seq. in 1. parte, verbo, in re certa, n. 5.

Et † quia paria sunt, non habere cohæredem, vel datum nolle adire, hoc obseruãdũ est, quãdo institutus in re certa habet cohæredem vniuer-

salem, repudiantem tamen hæreditatem sibi delatam, quia tunc in re certa institutus vniuersam consequitur hæreditatem secundum communem scribentium sententiam, *teste Iason. in l. fin. C. de edicto diui. num. 7. & ibi Decius, num. 24. & Zuchar n. 192. cum sequ.* Quæ sententia, & si dubium patiatur, quoad casum & remedium illius *l. fin.* exigentis, quod hæres sit scriptus, vt illi competere possit remedium, de quo ibi, vt eo loco Iason. Decius, & Zuchar. disputant, quoad casum l. Nostræ omnis hæsitatio cessat.

12 Id † itaque emphyteusi hæreditariæ peculiare est, quod ab alio peti, quam vniuersali hærede non potest, vt ex suprascriptis, liquido constat, & ex Iason. *in l. 2. C. de iure emphyt. numero 122. & in l. Si non sortem §. si libertus nu. 35. ff. de condi. indeb. tradit Paris. lib. 1. cons. 2. n. 25.*

¶ Hinc inferas ad exhæredatum, qui non potest emphyteusim petere. *Alexand. libr. 3. consi. 10. & consi. 19. col. fin. lib. 5. & consi. 28. col. pen. eod lib. Viuius lib. opin. commu. verbo, filius exhæredatus pagin. 51* Caue tamen, quia satis est, quod sit hæres primi acquirentis. *Thobias consi. 2. nume. 33.* si modo agnati sint, non filii, *Valascus de iur. emphy. q. 44. n. 9. & q. 49. ante n. 4.*

13 Qua † ratione inter hæredes diuiditur, *vt hoc §. 6. coniuncto. §. pen. titul. 77. infra hoc lib. probatur.* Quod sane est intelligendum procedere, vt diuidatur inter hęredes pro portione hæreditaria, vt nominatim voluit Bald. *in authentic. si quas ruinas Cod. de sacro. eccle. & in l. Liberti, colum. 6. Codic. de operis libr.* contrarium resoluens in emphyteusi concessa pro filiis, non adiecto verbo, hæredibus, quia inquit, hæreditarium ius in hac specie emphyteusis non continet, quamobrem aliud censet, vbi emphyteusis erit hæreditaria. sequitur Greg. Lop. *in l. 28. tit. 8. Par 5. verbo, o de sus herederos, col. 2. versicul. sed quid si filii fol. 50. col. 1.* Qua ratione Soci. iun. *lib. 1. consi. 72. post num. 31.* resoluit emphyteusim mixtim hæreditariam inter filios hæredes, pro virili portione diuidendam esse, non pro hæreditaria tradit Valascus de iure emph *q. 43. nu. 5. ad finem, cum seq.* Concessio enim hæreditaria etiam feudalis rem ipsam fecit diuiduam, *vt tradunt Cur. sen. consil. 68. n. 8. & Ambro. de Opizo. in l. Filius familias, §. Diui. ff. de leg. 1. n. 109.*

14 Qua † in re adnotandum est, huiusmodi diuisionem solum per æstimationem fieri posse, vt Lusitano legislatori placuit *in l. 4. titul. 77. § pen.* ibi, *Os ditos aforamentos se hamo de partir por estimaçano entre os filhos, ou herdeiros,* vbi per partes emphyteusim posse diuidi negatur, sed per æstimationem tantum posse id fieri permittitur, ne quo modo pensio in partes diuidatur, & confundatur. *l. Communis 7. & ibi Bal. & Alber ff. commu. diuidun. Alexand. libro 5. consi. 7. numero sexto.* Quod sane respectu dict. lex Regia huiusmodi emphyteusim hæreditariam, rem dicit esse indiuiduam, ibi, *E porque os taes bens segundo a natureza dos foros nano se hamo de partir & hamo de andar em huma soo pessoa,* ne scilicet pensio per plures soluenda necessario diuidatur, & in non modicum domini præiudicium confundatur, vt prædiximus. Plura enim habet incommoda particularis solutio, *l. Plane 3. ff. familiæ hercis. l. tutor. §. Lucius, ff. de vsuris.* Concordat sic etiam intelligenda l. Regia, *hoc tit. 62. §. post princip.* ibi, *E por quanto o dito foro nano ha de ser partido entre muitos, por se nano confundir a pensano delle, &c.* Aliter enim sua natura emphyteusis maxime hæreditaria, nedum pro filiis concessa, diuidua est, & inter hæredes potest diuidi. *l. item prædia. ff. familiæ herc. DD. in l. qui Romæ §. duo fratres. ff. de verb. obl. Valascus de iur. emph. q. 38. n. 12. cũ seq.* quod plane videtur agnouisse Ias. *in l. fi. C. de iure emph n. 114.* resoluẽs in hac specie quando emphyteusis pro portione hæreditaria diuiditur, necessarium non esse domini directi consensum, quia a principio videtur concessus eo ipso, quod emphyteusis fuit pro hæredibus concessa. Inest enim in ea concessione tacita licentia, & facultas diuidendi. Quę resolutio in his Regnis obseruari non debet, quatenus habet, diuidi emphyteusim posse per partes, obstat enim legum regiarum dispositio, præcipiens, eam diuisionem fieri per æstimationem, quod etiam adnotauit in feudis obseruandum Dec. *consi. 445. n. 3. vers. & licet feudum,* per tex. ad id notabilem *in l. 3. ff. finium regũ.* ibi, *por eo, quod ei adiudicatur certa pecunia, condemnandus est.* Similis *in §. si familia, instit. de offi. iudi. & in §. eadem eod. tit.* ibi, *quod si commode diuidi non potest, tunc totus vni adiudicandus est, & is inuicem alteri certa pecunia condemnandus est* a quibus sane verbis deducta videtur d. l. Regiæ dispositio, quatenus per æstimationem præcipit, emphyteusim diuidi inter hęredes, vniq; tantũ adiudicari quod in dignitatib. obseruãdũ esse, tradit Molina, *de primog. li. 1. c. 11. n. 29.*

Sed † an in hoc casu exigatur domini directi 15 consensus, Ias. *in d. l. fi. C. de iur. emph. n. 114.* intellexit, necessarium esse, cuius sententia probant Crotus *n. 35.* Ripa *nu. 86. in l. qui Romæ §. duo fratres ff. de verbo. obli.* quorum sententiam videtur probare Ferra. *in sua praxi. lib. de diuisione hæredi. verbo, domum, ad fi. col. 1.* resoluens esse in hoc casu domino directo soluẽdum laudemium, non minus, quam ex contractu venditionis, quoniam is cui insolidum emphyteusis adiudicatur, emere aliorum partes videtur.

At † Bar. *in d. §. duo fratres, n. 22.* oppositum pro- 16 bat, imo quod hæc emphyteusis diuisio fieri libere potest citra domini cõsensum, receptus ex Croto, & Ripa iam citatis, & ex Decio, *consil. 114. nu. 2. Gozad. cons. 20. n. 9. Rolan.* qui in emphyteusi id esse indubitatum probat, *lib. 1. cons. 81. nu. 46.* inducens tex. iam supra citatum *in l. item prædia ff. familiæ hercis. & l. bona eod. tit.* coniuncta *l. 1. ff. si ager vectiga.* & quod sit vera sententia comprobatur, si consideres, huiusmodi diuisionem esse necessariam siquidem fit, ex præcepto l. Regiæ & per coactionem iudicialem, quare *d. l. fin. C. de iure emphy.* dispositio eam non comprehendit, *vt tradit Iaso. ibi. nu. 113. & Rolan. cons. 81. n. 48. vol. 1.*

Iustificatur † hæc etiã resolutio ex notabili Bal. 17 traditione *in l. volũtas, n. 4. C. de fideic.* quę habet plures emphyteutas inter seipsos libere posse emphyteusim alienare, cõmendat Paulus *ibi n. 4. & Feli. in c. quæ in ecclesiarum, n. 92. de consti. Ias. in d. l. fi. n. 116. C. de iure emphy in fin. Ripa in d l. qui Romæ §. duo fratres ff. de verbo obl. n. 86. in fi.* Ex quibus sane in his Regnis, in quibus emphyteusis nequit per partes diuidi, sed per æstimationem præcipitur, quod fiat diuisio, a Ias. sententia proculdubio recedendum est.

Quæ † omnia sane intelligenda sunt, quando 18 parens de huiusmodi emphyteusi hæreditaria, nihil prorsus disposuit: quia eo casu ad omnes pro portione hæreditaria pertinet, & ne in partes diuida-

diuidatur, vni tantum adiudicanda est, qui cæteris resarciat in pecunia numerata, aut alia re hæreditaria: cuius oppositum ohtinebis, si pater alicui ex filiis eam emphyteusim prælegauit, quod facere recte potest, *ex Iason. in l. 2. Cod. de iure emphyt. nu. 201. Croto in l. qui Roma, § duo fratres. ff. de verbo. obliga. numero 142. Decio consil. 389 numero secundo Gama qu. 233. nu. 4. in fine, & seq.* Et est in promptu ratio, quia pater huiusmodi emphyteusim potest alienando filiis nocere, quemadmodum etiam potest, & omnia alia patrimonialia distrahendo. *Parisius, cons. 16. num. 48. lib. 1. idem Par. lib. 1. cons. 2. num. 31. & consil. 106. num. 27. eod. lib. & cons. 2. num. 16. & cons. 4. ante n. 19. cum seq.* & cum communi resoluit Valascus, *de iure emphyt. qu. 49. n. 3. Capi. q. 64. n. 2. Ruinus, cons. 1. nu. 13. lib. 1. Couarr. lib. 2. resolu. cap. 18. num. 4. Cur. iun. cons. 155. n. 9. Socinus iuni. lib. 1. cons. 72. numo. 4. & 5.* Ergo & prælegando vni ex filiis, potest alios eadem priuare. Iuuat Bar. *in l. vt iurisiurandi. § si liberi. ff. de operis liber. nu. 6.* resolnens libertorum operas ad omnes filios pertinere, nisi illas pater vni prælegauerit, sequitur Imola *in cap. potuit, de locato, col. pen. ad fin. versicul. & pro ista parte. Alexand. cons. 12. in fine, libro 5. Panor. in ca. Raynutius, de testam. numer. 28. versicul. secundo casu.* Potest ergo parens emphyteusim (de qua agimus) hæreditariam vni prælegare, vt optime resoluit plures referens Menochius *in consilio impresso post librum de recuperan. posse. numero 42. cum sequentib. fol. 45. Rubeus cons. 18 numero fin. Parisius libro 1. consil. 2. num. 49.*

19 Comprobatur † etiam hæc resolutio, si consideres verum esse, quod iam supra adnotauimus, huiusmodi emphyteusim hæreditariam petere non posse qnempiam, nisi sit hæres: qnocirca filii eius qui prælegauit contraire facto patris non possunt, siquidem eius sunt hæredes, *ex regula l. Cum a matre. C. de rei vindi. l. Cum pater. §. euictis agris. ff. de leg. 2.* & tradit in terminis Alex. *cons. 30 n. 2. lib. 6. latius Aymon cons. 256 n. 3. lib. 1. & cons. n. 13. & 42. n. 12. lib. 1. & cons. 25. n. 11. lib. 2. Ias. cons. 168 in fi. lib. 4. Boer. q. 23. n. 20. Alcia. responso. 481. n. 20 Roland. cons. 2. n. 40. li. 1. & nouissime Menoc. cons. impresso post lib. de recuperan. posse. fol. 45. n. 48. quibus adde Alex lib. 5. cons. 13. n. 11. Affl. q.* [illegible] *n. 3.* Quod sane argumentum adeo graue est, vt etiam exclndat filinm a petitione emphyteusis non hæreditariæ. sed magis pro filiis concessæ, quam neqne petere poterit filius hæres patris, alienatam, aut alii prælegatam. Ohstat enim illi regula *d. l. cum a matre cum supra citatis. Alex. lib. 5. cons. 28. n. 18. Valascus de iure emphy. q. 19. n. 3.* Quamobrem non videtur hac in re constituenda differentia inter emphyteusim hæreditariam, & non hæreditariam. Vtramque enim vindicare ab eo, cui pater dedit, aut reliquit, non potest *per supra scripta.*

20 Adnertendum † tamen est, quia emphyteusim hæreditariam minime vindicat filius, etiam si hæres sit patris mediante beneficio inuentarii, quia huiusmodi emphyteusis hæreditaria non differt a qualibet alia re libera, & patrimoniali (qnam nostri allodialem vocant) *l. item prædia, 10. ff. familiæ hercisc.* qnocirca ex huiusmodi emphyteusi deducitur tertia, quæ ex illa augetur, de qua & in his Regnis testari licet, inxta formam *l. Reg. lib. 4. titul. 70.* vt adnotauit Valascus *de iure emphyt. qu. 1. ad fin.* Quocirca respectu emphyteusis hæreditariæ procul dubio inuentarii confectio in nihil filiis prodesse potest: quemadmodum nec prodest respectu bonorum patrimonialium. *Afflict. quæstion. 26. num 4. ra hic receptum, firmam Pinellus in l. 1. C. de bonis maternis 3 par. n. 93.*

Cuius † oppusitum probabilius sane est in emphyteusi pro filiis concessa, (quam nostri ex pronidentia vocant, seu familiarem.) Hãc enim vindicabit filius hæres cum beneficio inuentarii, ex *regula l. fin § & si præfatam Cod. de iure delib.* ita resoluendum scripsit Cur. iun. *consil. 1. numer. 12. Ruinus, 154. num. 11. libro 1. Pinellus d. l. 1. C. de bon. ma 3. p. n 81. ampli. 7.* 21

Quæ meo quidem iudicio intelligenda sunt, procedere, tam in antiqua, quam noua emphyteusi, quia in vtraque militat ratio, & dispositio. *d. l. cum a matre C. de rei vindi. Ruinus, cons. 1. nu. 13. lib. 1. Valascus de iure emphyt. q. 39. n. 3.*

In † quo etiam aduertendum est, quoniam vt 22 quis petere possit emphyteusim hæreditariam de qua agimns, satis est, quod sit hæres primi acquirentis per seipsnm, aut mediante persona parentum suorum, licet non sit hæres vltimi possessoris, qni alienauit, quocirca si filius alienantis emphyteusim antiquam vindicare cupit, patris hæreditatem repudiare necesse habet, quo facto illam ohtinehit, *vt tradit Brunus, cons. 18. num. 13. Paris. lib. 1. cons. 23. ex nu. 200. Roland. lib. 1. cons. 97. a num. 55.* Aliter si patris alienantis hæreditati, se immisceat, vtiqne exceptione submouebitur, *per d. l. Cum a matre, C. de rei vindi.*

Porro † si est mixta, qualem supra diximus esse, concessam pro filiis hæredibus, qnia talis emphyteusis ad extraneos transire non potest, vindicari a filio potest, & si patris sit hæres, non obstante dispositione l. cum a matre vt notabiliter probat Decius *consil. 208. column. 3. cum sequentib.* Concordant alii plures, quorum meminit Pinellus *in l. 1. C. de bonis mater. 3. par n. 96. versic. infertur 8.* cuius contrarinm consuluere Curt. iuni. *consilio 155. & Aymon, 258. nume. 3. lib. 1.* & Rubeus *numer. 18.* Ego tamen Decii sententiam probandam censeo, quando emphytensis fuit alicui concessa, seu vendita extraneo, non iis, qnos inuestitnra, seu dominica concessio vocabat quo casu, qnia repngnat concedentis voluntas, alienantis filius, & hæres, quasi a domino vocatus vindicare emphyteusim poterit, non sic, quando ille est de vocatis, & si in remotiori sit gradu. Sufficit enim, quod sit de vocatis, *vt per Couarru. libro 2. resolu cap 18. nume. 4. versic. octauo infertur, in fine, Valascus, de iure emphyt. q. 49. n. 5.* 23

Adde † etiam quod filius, cui pater emphyteusim hanc prælegauit, illam est habiturus insolidum, quia ex re prælegata filii legitimam deducere non possunt, ex his, quæ scripsit Bald. *in rubrica. ff. de rerum diuis. col. 1. Alex. in l. in quartã. ff. ad legem Falci. n. 16. Ias. in l. Scimus C. de inoffi. testa. n. 7. & in l. Filium quem habentem, n. 17. C familiæ herciscun.* Quocirca is cui parens emphytensim prælegauit, illam ohtinebit insolidum. Seruanda est enim patris inter filios facta diuisio, *l. quoties 10. & l. si cogitatione 21. C. familiæ herciscun. l. parentibus, C. de inoffi. testam.* 24

Sed † hoc intelligendum est, dummodo illæsa maneat ceterorum filiorum legitima, cui parentes nocere neutiqnam valent, *secundum adnotata in l. quoniam in prioribus, Cod. de inoffic. testamen.* quam si

læsam, propter magnam emphyteusis æstimationem alii filii dixerint, retenta tertia in pecunia numerata, is cui emphyteusis fuit a patre legata, replere tenebitur, & hoc iure vtimur. Id enim patris prælegatum operatur, quod ceteris filiis est præferendus in ea emphyteusi obtinenda, *ex Dec. consil. 389. n. 2. Ias. in l. 1. C. de iure emph. n. 256.*

26 Vlterius, † ex traditione supra probata, quod emphyteusis hæreditaria a bonis liberis, seu allodialibus non differat, illud necessario infertur, quod in fideicommisso vniuersali continetur, *vt tradit Socinus iuni. lib. 1. consil. 72. & libro 4. consil. 79. n. 13. in q. 2. Rimi. lib. 2. cons. 257. num. 26.* Quod maxime opinor admittendum fore, quando fideicommissarius est de vocatis in concessione: quo casu illam consequitur, & si hæreditaria non sit emphyteusis *vt ibidem, num. 6. Soci. probat, & libro 4. cons. 79. num. 25.* Aliter, si hæreditaria non est (quo casu fideicommisso non continetur, *vt per Rimi. libro 2. consil. 257. numer. 26.*) nec fideicommissarius est de vocatis, & nihilominus constat defunctum voluisse emphyteusim fideicommisso contineri, vtique illi æstimatio præstanda erit, *ex Socin. d. consilio 72. num. 10.*

Denique emphyteusis hæreditaria onera subit hæreditati incumbentia, *prout Valascus scripsit lib. de iure emphyt. qu. 43. nu. 5. Couar. lib. 2. resolu. c. 18. num. 4. illat.* 8.

27 Sed † an emphyteutica concessio, pro hæredibus facta fœminas comprehendat, quæstio est? quam si feudi argumento volumus decidere, partem negatiuam amplecti tenebimur, ex his, quæ tradit Corneus, firmans communem, *in consil. 199. in pr. vol. 2.* idem probans, in concessione pro successoribus *tradit Paris. libro 1. cons. 23. num. 63. & num. 115.* cuius rei illa ratio est, quia feudum conceditur pro seruitio virili bellico nempe aut simili, quod præstare fœmina non potest: Qua ratione ex tacita concedentis intentione fœminæ submouentur, quemadmodum & exclusæ censentur, quoties statuto reperiuntur, submotæ, *Butigella, in l. Stipulatio hoc modo ff. de verbo. obliga. n. 22. firmat Valasc. de iur. emph. q. 41. in prin.* Nec dixeris, concessionem feudalem hæreditariam, nedum fœminas verum etiam quoscunque alios extraneos hæredes comprehendere, quoniam illud obtinet, & procedit in concessione simpliciter hæreditaria, pro quibuscunque hæredibus facta, non quæ simpliciter pro hæredibus reperitur constituta, *vt notabiliter admonuit Paris. d. cons. 23. n. 172. cum seq. lib. 1. & cons. 106. n. 23. eod. lib. 1.*

28 At quia † vtraque ratio in emphyteusi cessat, siquidem pro dominii directi recognitione annua certa pensio soluenda ab emphyteuta venit, & pro hæredibus concessa hæreditaria est, necessario respondendum est, in concessione, *pro hæredibus*, contineri fœminas, dummodo hæredes sint, *vt nominatim resoluit Corn. libro 1. consil. 16. litera i & seq. & cons. 230. col. 1 a lit. d.* Onus enim virile, seu seruitium pro feudis præstandum, fœminis impedimento est, quo minus illa consequantur, quapropter illo cessante audiendæ sunt, vt d. loco Corneus adnotauit, & gloss. 2. l. 3. tit. 13. Par. 6. idem probans, in quauis Regia donatione pro seruitio virili concessa. Tradit hoc idem resoluens Valascus, *de iure emphyt. qu. 41. num. 2.* limitans, in concessione facta pro filiis, de qua *infra titul. 63. §. 5.* agendum erit: Sunt igitur audiendæ fœminæ petentes emphyteusim pro hæredibus concessum, & hoc iure vtimur.

Multo † ergo magis audientur, vbi facta erit concessio, *pro propinquis*, quorum appellatione, non minus fœminæ, quam masculi continentur, *vt tradit Parisi. libro 2. consil. 20. num. 18.* respicit enim huiusmodi concessio venientes abintestato, *vt habetur in l. 1. C. vnde vir & vxor. Anton. Marcus, libr. de compromissis, q. 1. n. 11. fol. 10. tradit Barba. in l. cum acutissimi C. de fideicom. n. 120. Bursa. cons. 1. n. 33. idem Marcus Anto. d. lib quæst. 3. num. 36. ad fin. fol. 74.* Sed an in huiusmodi concessione contineantur vir & vxor, socer, aut gener, & vsque ad quem gradum hæc concessio extendatur vide Marcum Anton. *d. q. 1. n. 12. cum seq.* 39

Quo † argumento idem dicas obseruandum in concessione, *pro attinentibus*, facta, ex his quæ tradit Paris. *lib. 2. consil. 23. num. 17. & cons. 49. eod. lib. Barba. d. l. Cum acutissimi C. de fideicom. n.* 118. Rursus, & in concessione, *pro descendentibus*, idem, si ne difficultate respondendum est, ex eodem Parisio, *lib. 4. cons. 72. n. 6. Alex. lib. 5. cons. 24. nu. 13. & lib. 2. cons. 60. tradit Deci. cons. 223. n. 5. & 6. Cur. iun. 49. n. 5. Iaco. Macheli, patroci. 26. n. 1.* Sed an comprehendat hæc concessio naturales filios. Socinus *cons. 151. n. 8. lib.* 2. & quid si in huiusmodi concessione fiat mentio primogeniti. Parisius, *d. consi 72. nu.* 10. 30

Idem † etiam videtur respondendum in concessione facta *progenere*, seu *generatione*, Alexand. *cons. 30. n. 14. lib. 1. Afflict. in proœm. feudorum n. 64. Pinellus in l. 1. C. de bonis ma. par. 3. n. 90. & Menoch. cons. 61. n. 15. & 16. Imola, cons. 69. n. 2. & latius cons. 62. Iaso. inuoluens in l. 2. C. de iure emphy. nu. 204.* qui loquitur in concessione, pro cuncta generatione. Sine etiam *pro stipite*, ex traditis a Parisio, *lib. 3. cons. 35. a nume. 6. Cassadoro, de iure patro. q. 1. nu. 2. Barba. l. Cum acutissimi, num. 114. C de fideicom. Corn. li. 2. cons. 219 lit. u. cum seq. & consil. 233. lit. c. & lit. d. cum seq. tradit etiam Fanus lib. de statuto exclu. fœmi. par. 3. col. 1. volu. 12. tracta. fol. 87.* vbi etiam de concessione pro prosapia, sobole, seu casata, qui vide de his omnibus, *& Bald. in l. 2. Cod. de iure emph. in fin. vers. alii aliter, quem citat Soci. in l. cum vir. in fin. ff. de condi. & demonstra.* Non mireris lector optime, quod istæc παχυμερέστερον tractemus, auctorum sola relatione contenti. Scimus enim horum Regnorum vsum, & consuetudinem huiusmodi concessiones, non obseruare: qua ratione indignam iudicauimus earum longiorem tractationem, siquidem perraro, aut nunquam de illis erit in foro differendum. Ceterum, quia plures aliæ passim reperiuntur, hoc in loco statuimus, nonnullas concessionum formulas referre. 31

Aliquando † reperitur concessio, pro filiis facta, quam familiarem esse non hæreditariam, iam supra adnotauimus. Quare eam filium petere posse, & si hæres non sit, resoluendum est, quia tanquam filii, maxime ab ecclesia vocati videntur. Nam ab ea concessa emphyteusis, ad extraneos non transit, *vt iam supra adnotauimus, & tradit Corneus, lib. 2. consil. 131. lit. p. cum seq. & cons. 173. colu. 1. per totam, & in lit. K. tradit etiam Decius, cons. 185. a nu. 2. Afflict. q. 140. Alex. lib. 5. cons. 129. Thobias in cons. 2. nu. 27. Valascus de iure emph. q. 44. nu. 6. Couarru.* qui firmat 32

mat

mat communem, *lib. 2. cap. 18. ante num. 3. Mencha. de success. creat. §. 20. par. 2. num. 124.* Quamuis dubitet Coro. *d. liter. K. & firmet Iaso. in l. 2. C. de iure emphyt. post num. 250.* quod in dubio, pro filiis facta concessio intelligitur, dummodo sint hæredes, vt etiam adnotauit Imol. firmaus magis commuoem a Corneo recitatus, *libr. 3. consil. 282. ante numer. 11.* quam etiam sententiam probauit addi. Alexand. *d. consil. 219. lib. 5.* Quam nimis fouet Bart. auctoritas *in l. Si tibi decem. § si pactus, num. 6. ff. de pactis.* resoluentis, quod vbi res, sua natura est ad hæredes transmissibilis, pro filiis concessa, & stipulata intelligitur, & hæredibus, id est, dummodo sint hæredes, in quo Barto. sententiam, & traditio recepta est. *secundum Iaso. ibi num. 12. & in l. Si non sortem. § libertus, num. 35. ff. de condit. indeb. Alciat. reg. 1. præsump. 31. Rubeum, consi. 91.* Sed hæc resolutio sane intelligenda est in concessione simpliciter inita, nulla filiorum, aut hæredum facta mentione, in qua specie admittimus facile videri factam, pro filiis hæredibus, *ex adnotatis in l. Si pactum. 9. ff. de proba. Rubeus, consil. 84. num. 3. & consi. 85. num. 4.* Porro vbi concessio facta est, pro filiis hæredibus mixta censenda erit, & consequenter oportet, quod filii hæredes sint, vt illam petere valeant. Verum vbi pro filiis submoto nomine *hæredibus* emphyteusis est concessa, familiaris, seu ex prouidentia indicanda est, *ex l. quodcunque. 45. §. si quis ita. ff. de verborum obligation.* & habemus optimam legem Reg. *lib. 4. titu 77. fin.*

33 Aliquando † etiam conceditur emphyteusis, *pro hæredibus, & descendentibus,* in qua petens probare debet, quod est hæres, & de descendentibus, *vt tradit. Paris. lib. 4. consi. 48. num. 10. cum sequen. Bald. in cap. 1. de eo qui sibi, & hæredibus, num. 6. Alexan. lib. 2. cons. 9. Pinel. in l. 1. C. de bon. mat. num. 87. versi. idem dicendum.* quamuis contrarium innuat Curt. sen. *consi. 18. numer. penultim.* concessione, pro filiis, & hæredibus facta, de qua Pinell. *d. loco. col. seq. in princ.* Concessio autem pro hærede masculo, intelligitur de descendentibus, non de extraneo. *tradit Alex. conf. 105. nu. 2. versi. & quando vol. 1.* hæredis appellatio, intelligitur de descendentibus, *vt ibi.*

Rursus, quandoque fit concessio, pro filio, vel pro hærede accipientis, quæ an extendatur ad nepotem. *Palat. in rubr. de dona. inter vir. & 69. num. 19. & 32. Molina, lib. 1. de primogen. cap. 6. num. 42. cum seq.* De concessione pro filiis, an etiam prosit nepotibus, Ias. *in l. 2. C. de iure emphyt. num. 229. super quæst. 6. Salic. & in l. de quibus. ff. de legibus. nu. 19.* dicetur infra, *tit. seq. § 5. q. 11. nu. 49.*

34 Sed † *an in concessione facta, pro filiis masculis includatur nepos ex fœmina natus?* vtiliter quærit Iaso. *d. l. 2. num. 129. versic. addo tamen.* resoluens, quod non, ex Speculatoris, & Angel. auctoritate, quibus adde Aretin. *in l. Gallus. §. nunc de leg. num. 52. ad finem, cum sequ. ff. de liber. & posthum. & ibi Iaso. a num. 10. Bertrand. lib. 1. consi. 54. nu. 4. adde Pinellum, in l. 1. C. de bonis mat. 3. par. nu. 88. cum seq. Boer. q. 147. n. 16. Corn. in l. 1. C. de condit. insertis, post nu. 2.*

35 Aliquando † etiam conceditur emphyteusis, pro descendentibus masculis, de quo vide gloss. *l. 2. titu. 6. Par. 4.* Et an excludat neptes ex masculis descendentes, Iaso. *in d. l. Gallus. § nunc de lege. a nu. 10.* vbi est bona glo. fin. *ad fi. ff. de liber. & posthum.* vbi probat neptem ex filio masculo esse de linea masculina, & est bonus text. *in l. 2. §. 1. ff. de suis & legitim. hered.* probans, quod huiusmodi filia, ex masculo nata, est agnata, non cognata. S*ed an ista clausula, seu qualitas masculinitatis, in primo successore apposita, & requisita porrigatur ad omnes successores in infinitum, & an saltem, ne extinguatur emphyteusis ob masculorum defectum, admittantur fœminæ.* Vide glo. *2. in l. 3. tit. 13. Part. 6. col. 3. in fin.*

Est † etiam concessio emphyteusis duobus fra- 36
tribus facta pro se, & posteris suis masculis, demum illis deficientibus pro fœminis, quo casu censentur singuli prolem suam etiam fœmineam, descendentibus alterius fratris, licet masculis prætulisse, vt expresse tradit Franciscus Zoannettus *lib. rerum quotidianarum. cap. 2. per totum*, licet enim concessionis verba, *pro liberis, descendentibusque masculis*, alterius fratris solummodo facere viderentur, vt quoad masculi alterius superessent, alterius fœminæ ad emphyteusim illam non adspirarent, quasi stipulatores ambo maluerint, fœminis conseruandæ agnationis gratia præponere, masculos: nihilominus contrarium verius est, quod non tantum feudi, sed & naturalis, & ciuilis quoque lex admittit. Sic enim Imperator differens de feudis statuit, *in cap. 1. de duobus fratribus, a capita. inuestit.* vnumquemq; fratrum in acquisitione feudi prolem suam tametsi fœmineam, descendentibus masculis alterius fratris prætulisse censeri. Quæ feudalis iuris constitutio, tum iure communi, tum etiam naturali ratione comprobata est. Ius enim commune præsumit quemque in dubio liberis suis, vtriusque sexus potius, quam aliis prospicere, *vt nota. in l. Gallus. § quidam recte. ff. de liber. & & posthum facit l. Cum auus. ff. de condit. & demonstrat. l. Cum acutissimi. C. de fideicommiss.* Denique & naturali ratione ab hoc minime recedimus, quoniam pater filios suos, & filias, & neptes, naturæ instinctu quodam veluti seipsum diligit. *l. isti quidem. ff. quod met. caus.* Quemadmodum igitur in emphyteutica portione sua vult fratri suo anteponi, ita credendum est in eadem, filios, filiasque, nepotes, & neptes suas fratri, eiusdemque filiis, ac reliquis descendentibus, tam masculis, quam fœminis, in emphyteutico contractu prætulisse. Quod eleganter comprobat alia adducens Zoannettus *d. cap. 2. ad fin.*

Nota † etiam, qui si fiat concessio pro se, & he- 37
rede masculo, vel si fiat mentio in testamento, pro se, & hærede masculo, intelligitur de descendentibus, non de extraneo, *notat Ioan. Andr. in additio. ad Speculat. titu. de testam. in vlt. q.* infereos, ita voluisse Richar. Mal. ita etiam voluit Rainerius, quem refert, & sequitur Bald. Raph. & Paul. de Castro, *in l. Gallus. §. etiamsi parente, de liber. & posthu.* post id quod habetur *in c. 1. § si clientulus. de alien. feudi & not. Bald. in l. Libertis. C. de oper. liber. ad fi.* & probatur per rationes redditas per Ioan. Andr. *vbi sup.* sequitur Alexand. *consil. 105. num. 2. versic. & quando testator*, & appellatione hæredum intelligitur de descendentibus. *l. ex facto. §. fin. ff. ad Trebell. cum ibi not. & not. Bart. & alij in l. Gallus. §. etiam si parente. ff. de liber. & posthum. argum. l. Publius. §. fin. ff. de condit. & demonstrat. & notat Speculator, titu. de testamen. §. 1. & Bald. in cap. 1. de natu. success. feudi. & Angel. consil. 386. charissime frater, & Fulgos. in l. generaliter. C. de instit. & substitut. & in l. Cum acutissimi. C. de fideicommiss. idem*

non transire: qua ratione in primogenitum, & a patre nominatum filium, vidi aliquando maximam exortam controuersiam. Contendebat enim primogenitus huiusmodi emphyteusim sibi adiudicandam fore, quia res est indiuidua, & vni tantum concedenda. Quo casu, quia a domino, patri non reperitur data nominandi potastas, primo nato, tanquam magis dilecto, & honorando emphyteusis venit adiudicanda, *ex his, quæ scripsit Soarez in l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testam. fol. 27. col. 3. amplia. 10. Alexand. lib. 4. consil. 4. num. 5. Panorm. consi. 3. versi. sed his, lib. 2. col. 3. Curt. de feudis. 4. par. num. 122. fallen. 10. Curt. sen. consi. 67. col. 2. versi. adduco. & Couarruu. lib. 3. resolut. cap. 5. num. 3. tradunt Gomez. in l. 40. Tauri. num. 59. & Pinellus in l. 1. C. de bonis mat. 3. par. num. 17. post Tiraquell. de primogen. quæst. 17. num. 6.* Quam etiam sententiam fouet lex Regia, *tit. isto. §. 3.* vbi iam supra adnotauimus, nullo vocato ad emphyteusim, seu nominato, primogenitum præualere: quo argumento idem videtur hoc casu respondendum, in quo nullus est nominatim vocatus, nec patri concessa eligendi potestas.

Nihilominus tamen diximus, hac in re attendendam esse consuetudinem directi domini, an pro primogenitis sit solitus concedere. Aliter nominati caussam defendi posse, *ex l. Reg. infra tit. seq. §. 5.* secundum quam interpretationem ambigua hæc concessio nominato adiudicanda est, *ex adnotatis in c. ceterum, de dona. & c. cum venissent, de eo qui mittitur in posse. Felin. in c. cum M. de constit. num. 6. & 7. & Alciat. regula. 3. præsumpt. 32. num. 13 Boer. consil. 10. num. 11. Corn. lib. 3. consi. 95. nu. 2. & cons. 138. sub nu. 2. Rubeus etiam, cons. 70.*

48 Vidi † etiam quam plures emphyteuticas concessiones, *in fauorem accipientis, & duarum personarum, secundum ordinem iuris,* omni alia submota declaratione, quarum concessionum maximam habent copiam hi, qui ripas memorabilis fluminis Minii incolunt, vbi, & nusquam alibi, obseruari huiusmodi concessionis formam vsu frequentissimo receptam esse. Quam aliquando respondi, a proxima concessione non differre. Considerabam enim illa verba, *secundum ordinem iuris* adiecta, id tantum significare, quod post primam personam accipientis, sequatur secunda, & post hanc sequatur tertia, & vltima, vt iuris ord , & numeri forma exigit, & consequenter, quia in dubio videntur vocati filii, hic videtur illius concessionis sensus, vt post accipientem, primum locum obtineant filii, secundum vero nepotes, ordine quodam successiuo in his obseruando: *vt tradunt Dd. in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de liber. & posthum.* qui sane videtur ordo, quem concessio in dictis verbis respexisse, visa est ex Decio, *in consi. 186. num. 4. versic. secundo,* vbi asserit istam concessionis formam, respicere gradus prærogatiuam, ab intestato præscriptam. Sed *an debeat hoc casu filius hæres esse,* videto *Afflict. in cap. 1. an agnatus, vel filius, post num. 59. & in cap. 1. quibus modis feud. constit. num. 3.* qui videtur resoluere, quod sic. Verum hoc ego probarem, quando intestatus pater decessit, *vt iam supra §. 3. aduertimus,* aliter sumpta interpretatione a lege Regia, *infra, tit. seq. § 5.* is filius præferri debet in huius emphyteusis assecutione, quem pater nominauit, *ex his, quæ proxima quæst. scripsimus.*

49 Aliquando † etiam conceditur emphyteusis *pro filiis, & nepotibus,* quos quidem ordine successiuo videri vocatos, Dd. probant, *in l. Gallus. §. quidam recte, ff. de liber. & posthum. Bart. in l. quod dicitur. ff. de verborum obligat. num. 6. communiu, secundum Corneum consi. 46. lit. d. lib. 3. Decium, 239. num. 3. versic. tertio. & consi. 607. num. 10. & 662. post num. 2. Iulius Clarus, lib. 4. §. emphyteusis, quæst. 35. & in §. testamentum, quæst.* 80. *Gabriel. consi. 86. num. 2. cum seq. Roma. consil. 22. Corn. 24. colum. penultim. lib. 2. Socinus iunior, lib. 1. consi. 124. num. 10. Alexan. lib. 5. consi. 129. num. 3. Iulius Clarus, lib. 4. §. emphyteusis, quæst. 35.* Sed an includat nepotem ex fratre. Pelaez, *lib. 1. de primogen. quæst. 15. num. 31.* ¶ Hæc tamen concessio prodest nepotibus nondum natis, *Bart. l. item prætor. ff. de suis & legitim. hered. Iaso. in l. quod dicitur, ff. de verbo. sign. numer. 43. Menoch. consil. 92. num. 56. cum sequent. Ruinus. lib. 1. consil. 35. num. 14. & consil. 22. num. 11. lib. 2. Craue. consi. 19. num. 10.*

Nec mirum, si consideres, quod quando duo copulatiue vocantur, inter quos dispar consideratur affectionis ratio, quemadmodum contingit in casu, de quo agimus, quando vocantur filii, & nepotes, vtique respondendum esse, eos dici vocatos ordine successiuo, secundum quem charior primo loco succedit, & sic filii, deinde illis extinctis nepotes, vt nominatim voluit Bart. sic amplians text. *ibi, in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de liber. & posthum.* vt procedat non modo quando filii, & nepotes vocantur a parente ad hæreditariam successionem: quo casu vltra ordinem charitatis, & affectionis adest, instituendi necessitas, *vt habetur in ea l. Gallus.* Verum etiam, quando non concurrit illa necessitas, quemadmodum contingit in concessione facta pro fratre, & eius filiis: nam quamuis frater fratrem non teneatur hæredem instituere, *secundum adnotata in l. fratres. C. de inoffic. testam.* nihilominus tamen, si fratrem, & eius filium hæredem instituit, vtique ordine successiuo instituisse dicitur, vel etiam si quis filium naturalem, & ex eo nepotem instituat, *vt tradit Ias. d. §. quidam recte num. 22.* Quo argumento concessa emphyteusis, pro filiis, & nepotibus, ex ordine charitatis, & dilectionis primo, pro filiis, deinde pro nepotibus concessa censeri debet.

Caue † tamen, quia Bartol. sententia in hoc 50
communiter reprobatur a Dd. *in d. §. quidam recte. ff. de liber. & posthum.* vt est videre per Couarru. *in c. Raynutius §. 2. num. 1. de testam. fol. 326. Alciat. regula. 1. præsumpt. 26. num 5. Mencha. lib. de success. crea. §. 20. par. 2. num. 118. cum sequen.* & dicit Anchara. *in d. c. Raynutius, num. 80.* Pro hac opinione esse ibi tex. singulariter probantem, quod cessante ratione necessitatis, vbi plures vocantur, æqualiter succedunt, & est ille text. admirabilis, *secundum Barba. ibi. num. 16. & Aretin. d. §. quidam recte. numer. 6. & Imolam, in d. c. Raynutius, num. 23. Decium, consi. 336. col. 2. & consil. 95. num. 2. Lancellottum, d. §. quidam recte. nu. 20. licet Barba. in d. c. Raynutius, Crotus, versi. secundus casus, & Soci. nu. 3. d. §. quidam recte. & Fortu. nu. 47. Bar. defendere tentent, & Galeat. ibidem, nu. 21.*

Quocirca † emphyteusis concessa, *alicui, & fi-* 51
liis suis, coniunctim patri, & filiis debetur, *ex mente Angel. in d. §. quidam recte, num. 5.* Et consequenter idem videtur respondendum in concessione, pro filiis, & nepotibus, quod omnibus debeatur. Cōmunis tamen scribentium resolutio oppositum

probat, imo quod in casu Angel. ordine successiuo concessa intelligatur, *vt tradit Alexand. in d. §. quidam recte. num. 8. Ferrar. in l. eadem. 9. ff. duobus reis, num. 129. Iaso. in l. 2. C. de iure emphyteut. num. 124.* etiamsi filii sint emancipati, *ex Aretin. ibidem, col. pen. Iaso. num. 41.* licet contradicat Imola, *ad finem*, quod idem in concessione (de qua agimus) pro filiis, & nepotibus obseruandum probat Galeaula, *ibidem, num. 24.*

52 Sed † *an nepos intrans locum patris, cum patruis succedens audiri debeat*, ex Alexa. *d. §. quidam recte. num. 9. & latim consil. 26. num. 8 lib. 3.* respondendum est, quod sic. Sed *an pro masculis, & fœminis concessio intelligatur ordine successiuo facta.* Barto. *in l. vt iurisiurandi, §. si liberi, de operis libert. Iaso. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 187. Galeaula, in d. §. quidam recte, num. 26. & ibi Alexan. num. 11.* Vide Socin. iuo. *lib. 1. consil. 71. & lib. 4. cons. 79. & 82. num. 9. eod. lib.* Vide etiam *lib 3. repeti. fol. 341. nu. 159. & lib. tracta. 8. fol. 196. post nu. 7. Iaso. in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 225.*

53 Quæ † omnia sane intelligēda sunt, procedere etiā in concessione alternatiue cōcepta, pro filiis, aut nepotibus, *ex his, quæ tradit Rubeus consil. 40. num. 9.* Quid autem sit dicendum, si vsque ad annos sexaginta emphyteusis fuit concessa, pro filiis, & nepotibus, & isti non extent, vide glo. fin. *in l. 10. tit. 31. Par. 3.*

54 Sed † *an huiusmodi concessio, pro filiis, & nepotibus, prosit filiis fratris, quando descendentes non adsunt?* Respondendum est, quod sic, quoniam & hi nepotes dicuntur, vt in specie probat Afflict. *in c. 1. § item si. nu. 24. quibus modis feudum amittatur.*

55 Et † quod ista cōcessio, *pro filiis, & nepotibus*, non sit hæreditaria, tradit Ruinus, *lib. 1. cons. 84. nu. 4.*

56 Conceditur † etiam aliquando emphyteusis, *vt de herede, in heredē procedat*, de qua vide as Ripam *in l. Ex facto. §. si ff. ad Treb. in fin.*

57 Pro † sobole, cuius iam supra meminimus, cōcessio facta, tam descendentes, ex masculis, quam fœminis comprehendit. *Barba. in l. Cum acutissimi. C. de fideicomm. nu. 105.*

58 Pro posteris, † concessio comprehendit etiam fœminas, & descendentes ex eis. *Barba. d. l. Cum acutissimi. C. de fideicomm. nu. 106. cum seq.*

59 Pro † maiori de domo, facta concessio, qualiter intelligatur, *an de maiori natu, scientia aut dignitate*, Bar. *d. l. Cum acutissimi. num. 108. & 127. Burgen. in proœm. legum Tauri. nu 118.*

60 Pro † domo mea, *seu existentib.* de domo mea, quid importet, Barba. *d. l. Cum acutissimi. nu. 124.* & quod non prodest fœminis. Burgensis *in proœm. legum Tauri, nu. 118.* Sed an ordine saltem successiuo admittantur. *Socin. iun lib. 1. cons. 71. nu. 29.*

61 Pro † linea mea, *seu his*, qui fuerunt de linea mea. Barba. *d. l. Cum acutissimi. nu. 123. & 142.*

62 Pro † progenie, de qua iam supra meminimus, *Barba. d. l. Cum acutissimi. nu. 11.*

63 Pro † *parentibus, Barba. d. l. Cum acutissimi, num. 115. cum seq.* vbi etiam de parentela.

64 Pro † attinentibus, Barba. *d. loco, nu. 118. Paris. lib. 2. consi. 49.*

65 Pro † gente tua concedimus. Barba *d. loco. num. 119. cum seq. & lib. 2. cons. 57. col. 1. in fine.*

Pro consanguineis, ibidem *Barba. nu. 122.* quæ concessio comprehendit fœminas. *Pelaez. libr. 2. maiorat. q. 6. nu. 91.*

Pro hominibus tuis concedimus, *Barba. d. loco. num. 123. & 124.*

Pro natis tuis, *Barba. ibidem, nu. 128.*

Pro proximis, *ibidem, nu. 129.*

Pro generatione, *ibidem, num. 130. & 147. & lib. 2. consi. 57. col. 1.* quod comprehendit fœminas, *Alexa. consi. 61. num. 4. vol. 1. & Pelaez, lib. 2. maior. q. 6. num. 88. & sequent.*

Pro liberis, *ibidem* Barba. *nu. 133.* & ibi de concessione pro filiis, *num. 134.* quæ an prosit fœminis, *Gramm. super instit. fol. 184. nu. 27.*

Pro stipite, *Barba. d. l. Cum acutissimi, nu. 138. Pinel. lm in l. 1. C. de bonis mat. nu 90. par. 3.*

Pro affinibus, *ibidem, nu. 143.*

Pro familia, *nu. 146. ibidem Barba.*

Pro coniunctis, *ibidem, 148. Gozadinus consi. 20. nu. 8. Pelaez, lib. 2. maio. q. 6. num. 87.* quod comprehendit fœminas.

Pro agnatis, ibidem, fœminas contineri, probat Pelaez *lib. 2. de maior. q. 6. nu. 83 cum seq.*

66 Pro † cippo fit aliquando concessio, quæ fœminas non includit, *vt tradit Ange. in l. fin. in princ. C. de verb. sign. & ibi Paul. nu. 6. Barba in l. Cum acutissimi. C. de fideicomm. nu. 1, 8. Parisius lib. 3. cons. 47. n. 51.* resoluentes vocato cippo, seu stipite agnationis, primo loco admittendos esse agnatos, eisque deficientibus cognatos. Licet autem cum vocatur cippus, seu proximus de stipite, quod idem est, vt constat ex Parisio *consi. 15. in princ. lib. 3.* familia, seu domus vocata videatur, *ex Iason. in d. l. fi. col. 1.* ac proinde masculi tantum: tamē omnes de agnatione comprehenduntur, tam fœminei, quam masculini sexus, *vt post Bald. & Imol. in l. Peto. § fratre. ff. de leg. 2. tradit Francus in c. si pater, de testam. in 6. num. 115. text. in l. si quis in suo. 37. C. de inoffic. testam. ibi. & aliis de sua stirpe progenitis. tradit Parisius cons. 47. nu. 51 lib. 3.*

67 Pro † filiis primi matrimonii, quandoq; conceditur emphyteusis, quæ excludit natos ex secūdo matrimonio. *Ripa in rubr. ff. de vulga. nu. 3.* de quo vide glo. *Par. 2. fol. 45. lit. a.*

Pro filiis legitimis, concessio, excludit naturales, *Molina, lib 3 de primogen. c. 3. a nu. 3.* sed an legitimatos, vide *lib. 8. repeti. fol 407. nu. 254.*

68 Pro † successoribus, concessio facta, an intelligatur de testamentariis vel ab intestato, vide Tiraquel. *lib. de morte 2. par. declara. 7. nu. 6.* & quod est hæreditaria, nisi addatur verbum, masculis, *Alexa. lib. 1. cons. 44. Rubeus cons. 110. nu. 18. & consi. 146. dubio 3. Bellonus cons. 33. num. 2. Decius cons. 185. & 195. Curt. iun. cons. 164. nu. 10. & cons. 171. nu. 6.*

69 Pro † filiis masculis, *vel* pro descendentibus virilis sexus, excludit fœminas, & nepotes, *ex eis Ias. in l. Gallus. §. nunc de lege num. 10. ff. de liber. & posthum. Gratus cons. 120. nu. 16. lib. 2. Iulius Clarus, lib 4. §. emphyteusis. q. 36. num. 2. Socinus iunior, lib. 1. cons. 1. num. 117. & lib. 3. cons. 2. nu. 6. & cons. 16. nu. 5. Thomas Gramma. super instit. fol. 183. num. 21. Tiraq. de lib. primogen. fol. 121. nu. 8. Hippol. sing. 33. Rimi. lib. 2. cons. 261. nu. 48.*

70 Pro † filiis & hæredibus, qualiter intelligatur, & ad quos porrigatur facta concessio. *Ruin. lib. 1. cons. 167. num. 2. & 3. & cons. 24. nu. 9. & cons. 161. nu. 6. 8. & 9. & consi. 158. nu. 1. & 160. nu. 4. rursus & cons. 40. n. 2. & 6.* & quod includit fœminas Gramma. *super instit. fol. 184. nu. 26. & infra 3. par. tractabimus.*

71 Pro † quibus volueris, emphyteusis concessa, potest sine noua licentia alienari. *Ruinus, lib. 1. cons. 85. nu. 5.*

15. num. 5. & quos comprehendat Rubeus, *consi. 110. Curt. iun. 130. nu. 6.*

Pro hæredibus, successoribus, & descendentibus, an ad solos descendentes restringatur, tradit Gratus *lib. 1. cons. 55. nu. 30. & 36. cum seq.*

72 Pro † filiis hæredibus. Fanus, *de statuto exclu. fœminas, nu. 3. vol. 12. tracta. fol. 81.* quod succedunt, prout per statutum ab intestato sunt vocati, sumpta ab statuto interpretatione.

73 Emphyteusis † quoque *pro se, filiis, & hæredibus masculis, & fœminis,* requirit vtrumque, scilicet, quod sit filius, & hæres, non enim sufficit quod sit hæres, nisi sit filius, secundum communem opinionem, *per text. in §. emphyteusim, in authen. de non aliena. & firmat Bartol. in l. vt iurisiurandi. §. si liberi. de ope. liber. Bald. in l. 1. col. 2. C. de iure emphyt. Ioan. de Imol. in l. Quod dicitur. de verborum obligat. & in l. Ex facto. ff. de hæred. instit. & in cap. potuit, de locato. Alexan. vbi alios refert, dicens communem, consil. 128. num. 6. versic. & illa verba. vol. 1.* Quibus etiam addo, emphyteusim per ecclesiam concessam alicui pro se, & suis filiis, & hæredibus masculis, & fœminis, transire ad filias, etiam in re certa institutas tantummodo, vt late comprobat Bartol. *in l. iurisiurandi. §. si liberi, de oper. liber. argumento cap. 1. in princ. de success. feudi, & in l. Si cum dotem. §. si patri. ff. solut. matrim.* & per alia idem tenuit Specula. *in titulo de testament. §. imprimis, & versic. fin. & consuluit Bartol. consil. 55. incip. Dominus Amatus. & consil. 183. incip. Quæstio ista habet duo dubia, & tenuit Bald. in l. 1. quæst. 49. ff. de rerum diuisio. Imol. in l. Ex facto proponebatur. ff. de hæred. instituen. & in cap. potuit. versic. septimo tangit. de locato. & Paul. de Castro, in l. quoties. C. de hæred. institut. & in l. Gallus. §. etiam si parente, de liber. & posthum. & Alexan. consil. 128. num. 8. volum. 1. & consi. 8. num. 2. volum. 3.* quæ tamen Alexandri, & aliorum resolutio, simpliciter intellecta falsa est, *vt eleganter obseruat Carolus, in additio. ad Alexan. d. nu. 8. lit. g. quem vide.*

74 Pro † primogenito concessa emphyteusis illum respicit, qui tempore mortis paternæ primogenitus erit, *Bald. in l. 2. num. 8. C. de iure emphyt.* Videtur enim in hoc casu pater stipulatus filio post mortem suam, & sic ordine successiuo, *vt supra diximus, & habetur in l. Gallus. §. quidam recte. ff. de liber. & posthum.* Quocirca, quia facta est relatio ad tempus mortis, ille videtur vocatus, qui tunc temporis eam qualitatem habebit, citat Bald. bonum text. *l. Ex facto. §. penultim. ff. ad Trebell.* vbi eum sequitur Alexan. *num. 3.* & Vincent. *col. 1.* & est recepta sententia, *secundum Costam de Regni success. pag. 13.* Quo loco eleganter, post Socinum, refert ad decisionem arduæ illius quæstionis de patruo, & nepote, *vter in successione maioratus precedere debeat?* Quæ pro patruo necessario decidenda est, quoties contingit post mortem primogenitum vocari, *per supra scripta.*

75 Cuius † tamen contrarium verius esse persuadebitur, si consideres, illud verbum, *Primogenitus,* sua natura respicere tempus natiuitatis, & sic videri eo ipso eum, qui primo natus est vocasse, *c. Ioseph, de verborum significat.* vt notabiliter aduertit Paulus de Castr. *consil. 164. num. 5. ad finem, libro secundo,* resoluens prædicta ratione attendendum esse natiuitatis tempus, quo statim producitur ius succedendi, & acquiritur primo nato potestas, & ceteros excludendi, *sequitur Prepos. in cap. 1. colum. antepenultim. de feudo March. & Socinus cons. 152. num. 15. versic. ex quibus infero, lib. 2.* Quod quidem ius succedendi, & potestas ceteros excludendi, negari non debet nepoti patrem primogenitum repræsentanti, *iuxta. §. si igitur defunctus, in authen. de hæred. ab intestat. collat. 9.* Nec mouere tantum debet Bald. argumentum, & ratio, quod fuit in concessione vocatus primogenitus post mortem, & consequenter ille, qui eo tempore primogenitus erit, quoniam si consideremus essentiam, & personam primogeniti, sola natiuitas sufficit, ad illi concedendum ius succedendi, & potestatem ceteros excludendi, *vt proxime probauimus.* Si vero consideremus effectum primogenituræ, verum est, quod non potest suum producere effectum, & executionem, nisi post mortem, quo tempore licet primogenitus sit mortuus, illum repræsentans nepos succedit, ex iure repræsentationis, vt satis in simili, tradit Barto. *in l. is potest. ff. de acquir. hæred. numer. 8.* Illa enim verba, quibus post mortem patris primogenitus vocatur, quasi continentia id quod tacite inerat, operari quidpiam non debent, *ex regula l. 3. ff. de legat. 1.* Porro quod Costa, & alii probant admittendum censeo, quando ex concessione liquido constar, illum tantum fuisse vocatum, qui mortis tempore primogenitus erit, quemadmodum contingit in his Regnis in bonis Coronæ Regiæ, iuxta l. Regiam, *lib. 2. titul. 17. §. 1.* cuius verba, nepotem excludunt, *vt plane expendit Costa in d. lib. pag. 92. cum sequent.* Potest etiam illa traditio admitti vbi nullus adest nepos ex primogenito, qui cum patruo contendat, quo casu secundogenitus concessionem præfatam obtinebit, quoniam illam frater primogenitus morte præreptus cum effectu non obtinuit, *ex Tiraqu. de primogen. q. 3. nu. 6.* & facit Bar. *in l. Liberorum, nu. 18. ff. de verbor. signif.*

Pro † tertia generatione concessa emphyteusis in pronepotē transit, *secundū Socinum iun. lib. 1. cons. 124. nu. 73.* Vide semper Iulium Clarum, *lib. 4. §. emphyteusis. q. 34.* 76

Pro filiis simpliciter concessa emphyteusis familiaris censetur, & consequenter non exigitur, quod filii illam petentes sint hæredes, si præsertim ecclesiastica est, quoniam hæc ad extraneos sua natura non est transmissibilis, vt firmans communem, resoluit Alexan. *lib. 5. consi. 129. num. 2. Iulius Clarus lib. 4. senten. §. emphyteusis. quæst. 37. Thobias consi. 2. num. 27. Ruin. lib. 1. consi. 220. num. 3. & 4. Maranta l. is potest, num. 22. ff. de acquir. hæred.* Et quod huiusmodi emphyteusim pro filiis concessam capiat filius, licet non sit hæres, tradit Barto. *in l. vt iurisiurandi. §. si liberi, nu. 4. ff. de operis liber.* communiter receptus, *secundum Alexan. consil. 8. num. 1. lib. 3. & 119. num. 4. lib. 5. Iaso. in l. quod dicitur, num. 29. ff. de verborum obligation. Ioan. Dilectus, de arte testandi, titu. 11. cautela 10. post num. 1. Ruin. consi. 48. num. 4. lib. 1. & consi. 169. num. 7. eod. lib. Curt. iun. consi. 78. num. 3. cum sequen. Couarruu. lib. 2. resolut. cap. 18. post numer. 2. versic. quinta conclusio.* Ex quibus liquet hac in re inter priuatam, & ecclesiasticam emphyteusim, nullam fore constituendam differentiam, *vt Iulio Claro, d. §. emphyteusis, quæst. 37. placuit,* licet ex supra citatis nōnulli suprascriptam traditionem magis ecclesiasticæ emphyteusi credant conuenire, intelligentes secularem concessionem pro filiis factam,

mixtam esse, & filiis tanquam hæredibus coocessam, quasi id natura coocessionis temporalis postulet. per l.item prædia.ff.familiæ herciscund. & per l.9.ff. de proba. vt per Marant. d. loco. Quorum seoteotia pro filiis, & hæredibus, seu pro filiis hæredibus facta coocessione admitti potest, ex Bart. d.§.si liberi. num.4.recepto, secundum Alexand. consil. 128. post num. 6. versic. & illa verba, lib.1. Sigismundo consil. 1. feudorum. post num. 60. Ias. in l. si non sortem. §. si libertus, num. 35. ff. de condit. indeb. & consil. 57. col. 1. lib. 1. in quo etiam casu, teste Iolio Claro. d. loco non est constituenda differentia inter prosaoam, & ecclesiasticam emphyteusim. concordat Couarr. lib. 2. resolut. 18. nu. 3.

77 Ex † quibus iam resoluitur, emphyteusim, secundum primam formam concessam, nempe pro filiis, posse filiom petere, & hæreditatē repudiare, vt iam supra q.6.nu.41. adnotauimus, & resoluunt Salic. in auth. vnde si parens. C. de inoffic. test. num. 5. firmans communem Alex. in l. quod dicitur. ff. de verb. oblig. nu. 19. versi. illud tamen. Iaso. qui etiam testatur communem, in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 188. Alcia. regula. 1. præsumpt. 31. n. 1. Maranta, in l. vi potest, nu 12. ff de acq. hæred.

78 Cuius † cootrarium obtinet io secunda concessionis forma, nempe, pro filiis, & hæredibus. Hæc enim exigit filium esse hæredem, vt emphyteusim capere possit: qua ratiooe iam supra illam mixtam diximus, Iaso. d. § si libertus, nu. 35. Iul. Clarus, d. q. 37. num. 3. in fine. § emphyteusis. & in § feudum. q. 76. Thobias, cons. 2. nu. 2. cum seq. & 32.

79 In † cōcessione vero pro tertia generatione, quam diximus, porrigi ad trinepotem, idem est respondendum, quod supra resoluimus in concessione pro filiis, secundum Corneum, cons. 100. lit. d. lib. 4. & Iulium Clarum d. q. 37. nu. 4.

80 Dubium, † tamen est in hoc casu, quando emphyteusis fuit concessa pro filiis, teneatur filius ex huiusmodi emphyteusi paterna debita soluere, si ad id hæreditas non sufficiat? tradit Mynsinger. lib. decisio. Cameræ Imperi. centuria. 3. q. 67. vbi resoluit, quod non, tradit Gratus, lib. 1. cons. 55. nu. 5. cum seq. Alexa. lib. 5. cons. 19. Iul. Clarus, lib. 4. § feudum, q. 43. Ex quibus oppositum est sane resoluendum, quando emphyteusis fuit pro filiis, & hæredibus concessa, quo casu, qoia illam vt hæres capit, vt tradit Alexa. in d. consi. 19. lib. 5. Aretin. cons. 14. n. 14. Mathes. singu. 182. & 188. Roma. cons. 105. Rum. lib. 1. cons. 108. nu. 5. Ias. in l. Si non sortem. §. libertus, vers. istud facit. ff. de condit. indeb. Alexa. consi. 133. lib. 4. Afflict. q. 112. num. 3. & Mynsing. d. loco. necessarium consequens est, illum teneri ad onera hæreditaria, & consequeoter etiam respectu huiosmodi emphyteusis debita soloere, quod & Valascus agnouit, lib. de iur. emphyt. quæst. 43. num. 5. Couarr. lib. 2. resolut. c. 18. num. 4. illa. 8.

81 Pro † propinquis concessio facta respicit ab intestato succedentes. secundum adnotata in l. 1. C. vnde vir & vxor. tradit Barba. in l. Cum acutissimi. C. de fideicommiss. nu. 120. Martus Antonius, de compromiss. quæst. 1. nu. 11. vbi num. seq. ao maritus & vxor, socer aut gener comprehendantur, & an coniuncti, io quarto gradu, num. seq. & an affines, ibi, num. 13. tradunt Dd. in d. l. 1. C. vnde vir & vxor. Et quod includantur fœminæ. Gozad. consil. 20. num. 8. Pelaez, lib. 2. Maiora. q. 6. num. 871.

82 Pro † primo nascituro cooceditur aliquando emphyteusis, de qua Guido Pap. q. 506.

Aliquando etiam simpliciter conceditur emphyteusis, nulla filiorum, aut hęredum mentione facta, quæ an extinguatur morte accipientis, vel in tertiam generationem porrigatur, vide Grego. Lopez. in l. 28. tit. 8. Part. 5. lit. b. col. 2. post med. & glo. 2. in l. 3. titu. 13. Part. 6. col. 2. in medio. Iaso. in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 233. Iulium Clarum, lib. 4. §. emphyteusis, q. 28. nu. 1. Valascum, de iure emphyt. q. 39. num. 11. & q. 50. num. 23. vbi agit quid dicendum sit, in coocessione facta a Rege de bonis coronæ, qoibus adde Rimi. lib. 2. cons. 95. nu. 33. resoluentem emphyteuticam coocessionem suapte oatura, perpetuam esse, vt ibi. & consi. 100. num. 5. lib. 1.

83 Aliquando † fit concessio pro filiis, hæredibus, & successoribus extraneis, quæ sane intelligeoda est, ordine successiuo, vt tunc demum admittantur extranei, quando desunt liberi, Rimin. lib. 9. consi. 437. nu. 8. & 9. Decius, cons. 239. in princ.

84 Diximus † supra, nu. 65. de concessione, pro filiis, seu liberis, quibus adde eam concessiooem non excedere trinepotem, quia appellatio liberorū eum gradum non excedit. l. Iurisconsultus. §. parentes. ff. de gradibus. Bart. l. liberorum, num. 19. ff. de verborum signif. Curt. sen. consi. 74. col. 3. in princ. quorum ad id meminit Menoch. consi. 1. nu. 197. vol. 1. Sed cootraria senteotia verior est, quia liberorum appellatione omnes desceodentes io iofinitum contioentur. d. l. Liberorum. vbi Alciat. nu. 1. probat bonus tex. in l. 3. §. pen. ff. de assignan. libe. & in l. Sed & si. §. liberos. 1. & 2. ff. de in ius vocando. & in l. Liberos. vbi Corrasius, nu. 2. ff. de Senato. tradit Marcos Antonius in auth. quod sine, in fine. C. de testam. resoluens, dispositionem illam, quæ liberorum meminit, verificari io omni descendente io infinitum, quod in dispositione fauorabili proculdubio obtinet. vt ex multorum auctoritate probat Craue. consi. 155. num. 3. idque probat Menoch. d. consi. 1. nu. 198. vol. 1. ex auctoritate Alex. ab Alexan. lib. 1. dierum genia. c. 15. & Petri Crinit, de honesta disciplina. lib. 15. c. 8.

Nec obstat tex. in d. § parentes, quia primo respōdemus, ibi solom referri opinionem antiquorum Iurisconsultorum, qoi voluere liberorum appellatione solum contineri descendentes vsque ad tertium gradum. Quorum quidem seoteotiā improbarūt recentiores, vt Alex. & Crinitus iam relati firmant. Quod si displicet.

Responde secūdo d. § parentes, solum loqui, vbi agitur de speciali liberorom significatione, text. vero in d. l. Liberorum, vbi de generali, qood Lorioto placuit in d. §. parentes. Vel etiam aliter & tertio responde cum Conna. lib. 10. commenta. iuris ciuilis, cap. 1. nu. 4. quod quemadmodum in parentibus vltra tritauum, noo datur certum nomeo, qoo superiores designentur: ita etiam in desceodentibus non datur vltra trinepotem. Quod etiam probat Iureconsultus in d. l. Iurisconsultus, in fine. ff. de gradi. secundum quem sensum procedit text. in d. §. parentes, doceas liberorum appellatione vltra trinepotem certum nomen non dari, contineotur tamē posteriores in infinitum liberorum verbo, d. l. Liberorum, de verbo signif.

85 Pro † descendentibus per lineam masculioam, coocessio facta, fœminas excludit, & descendentes ex eis, aliter oon, Pelaez, lib. 2. Maio. q. 6. num. 86. Sed, an filiam acquirentis, quæ dicitur descendens per lineam masculinam, grādis quæstio est? In qua remota disputatione, resoluendum est, qood quando ad em-

ad emphyteusim apud nos, vel ad Maioratum, descendentes per lineam masculinam vocantur, fœminæ, & descendẽtes ex eis excluduntur, quasi instituẽs, masculis tantum, & sic agnatis, & familiæ consulere, & consequenter fœmineam lineam remouere, visus fuerit. Illi enim solum per lineam masculinam procedere dicuntur, qui nobis sunt agnati. §. *1. institut. de legit. agna. success. & §. 1. institu. de legit. agn. tut.* Paulus hoc ita in indiuiduo resoluens, *consil. 91. num. 4. vol. 2.* quem voluit citare Iaso. *in l. Gallus. §. nunc de lege. num. 14. ff. de liber. & posthum. idem Iaso in l. 2. C. de iure emphyt. num. 245. in fin.* Iuuat regula. *l. Maritus. C. de procurat. & capit. nonne. de præsumptio.* vbi vnius inclusio, alterius dicitur exclusio. *l. Cum prætor. ff. de iudiciis.* In quo tamen aduerto, duplicẽ esse lineam affinitatis, & cognationum, alteram scilicet masculinam agnatorum, alteram vero fœmineam cognatorum, vt docet glossa. 1. *in l. 2. titu. 6. Parti. 4. Paulus, & alij, in d. l. Maritus. C. de procurator.* Quare cum ad huiusmodi successionem, defunctus vocauit descendentes, per lineam masculinam, vtique negare non licet, descendentes per lineam fœmineam, & sic masculos ex fœminis, remouere voluisse, quoniam ij sunt de linea fœminea, *vt tradit Baeça, de non melior. filiab. cap. 7. num. 38.*

86 Quo† argumento notabiliter Paulus *in d. l. Maritus. nu. 4.* resoluit emphyteusim concessam mihi, & descendentibus meis, per lineam masculinam, non pertinere ad fœminam, etiam procedentem a masculo, imo nec ad filiam acquirẽtis, quod superiori argum. verum esse efficaciter comprobatur. Etenim eo ipso, quod concessio fuit facta in fauorem lineæ masculinæ, exclusa videtur linea fœminea, & consequẽter filia accipientis emphyteusim, quoniam illa est de linea fœminea, imo lineæ caput, vt docet Iureconsultus *in l. Pronunciatio. §. fin. ff. de verbor. signif.* Nam quod iure constitutum est in caussato, id est, in descendentibus ex filia, dicendum est, in caussante, id est, in ipsa filia, quæ cum sit caput lineæ fœmineæ, existit in ipsa linea fœminea, licet descendat ex masculo, quod ita voluisse Speculatorem testatur Paulus. *d. nu. 4.* vbi hanc suam inductionem pluribus eximiam visam fuisse asserit. Quod sane argumentum ab ea *l. Maritus*, procedit, vbi ex eo maritus potest agere pro vxore: quia affinis agit pro affine, sine mandato. *l. Sed & hæ in prin. ff. de procuratoribus, & l. Exigendi. C. eod. tit. Cynus in d. l. Maritus.* Quare maritus licet proprie non sit affinis, sed principium affinitatis, *l. Non facile. §. affines. ff. de gradib. glo. & in l. Affinitatis. C. commu. de successio.* audiri tamen debet, quia quod de affinibus iudicatur, de ipso affinitatis principio dicẽdum est, *vt ibi obseruauit Cynus, & post illum Paul. & Ias. nu. 2.* Nam quod affinibus conceditur, propter maritũ caussantem affinitatem, multo magis ipsi marito tribuendum est, *argum. tex. in authen. multo magis. C. de sacrosanct. eccles.* sequitur in hoc Paulum, Alex. *in l. Gallus. § nunc de lege. ff. de libe. & posthum. nu. 3. Socinus, 4. Alex. consi. 43. lib. 3. & consi. 53. nu. 6. lib. 6. Curtius, & plurimi alij relati a Pinell. in l. 3. C. de bonis mater. nu. 29.* Quorum nonnulli hanc sententiam communem firmant: quibus addo glossam. 1. *in l. 2. titu. 6. Parti. 4.* quæ Pauli sententiam tuetur,

87 Contrarium† tamen probat Iaso. *in d. l. Maritus. C. de procurato. nu. 2. & 3. & in l. C. de iure emph. nu. 245. rursus & in l. Gallus. §. nunc de lege nu. 10. cum seq. ff. de lib. & posthum.* cum quo transeunt Socinus iuni. Æmilius, & Molineus, quos magis probat Pinellus *in d. l. 3. C. de bonis mat. nu. 29.* veriorem sententiam asserens. Idem tradit Parisius *lib. 1. consi. 23. nu. 25.* Mouetur Ias. auctoritate glossæ notabilis *in l. Gallus. §. nũc de lege. ff. de lib. & posthu gloss. fin. ad fi.* quæ resoluit, instituto omni virili sexu, neptem ex filio masculo institutam dici, quia, inquit, descendit per lineã virilem, quæ dicitur instituta, quam glossam ibi obseruauit Baldus, & sequuntur moderni communiter (*vt asserit Ias. ibidem, nu. 9.*) resoluentes appellatione descendentium per virilem sexum, neptem ex filio comprehendi: quia etsi fœmina sit, descendit ex masculo, & sic linea virili, *ita Paulus Paris. lib. 2. consi. 40. nu. 39. cum seq. Burgensis consi. 29. nu. 23.* Quæ ratio conuincit, in quauis alia fœmina pronepte, scilicet nata ex nepote masculo iuuat. *l. 2. §. 1. ff. de suis & legit. hæred.* vbi probatur de stricta verborum significatione, neptem ex filio agnatam esse: Quod etiam probat Imperator *in §. nos vero. institu. de leg. agn. success.* ibi, *Per virilem sexum descendentes, siue masculini, siue fœminini generis sint.*

Iuuat plurimum, quod e conuerso, passim iure receptum est, natos ex fœmina cognatos esse, & lineæ fœmineæ, quamuis masculi sint, vt *in l. Lege XII. Tabularum. versi. Huiusmodi, itaque legis. ff. de legit. hæred. §. item vetustas. instit. de hæred. quæ ab intest. & Mathesell. singu. 130. nota vnum dictio.*

Quo † argumento eleganter Bald. *in d. §. nunc de lege*, & ibi communis schola, cum eo, teste Iasone, *num. 10.* notabiliter resoluit, ad emphyteusim concessam *pro liberis, sexus virilis*, non esse audiendos nepotes ex fœminis, quoniam hi fœminei sunt sexus, licet sint masculi: ex quibus manifestum est in hac quæstione attendendam esse qualitatem parentis, a quo filius, vel filia procedit, non vero ipsius filii, aut filiæ, & consequenter sexus virilis esse fœminam a masculo procedentem, fœminei vero masculum natum a fœmina Quod comprobat eleganter Parisius *consi. 47. col. 5. lib. 3. Socinus consil. 51. Visa. num. 6. volum. 4.* nouissime Thobias Nonius *consi. 1. num. 40.* vbi expresse asserit, fœminam descendentem a masculo, dici etiam de descendentibus per masculinum sexum, & allegat tex. expressum in *d. l. Lege XII. Tab. §. huiusmodi itaque, ibi, Sancimus omnes legitimas personas (id est, per virilem sexum descendentes) siue masculini, siue fœminini generis sint, simili modo ad iura legitimæ successionis ab intestato vocari, secũdum gradus sui prærogatiuam, non ideo excludendas, quia consanguinitatis iura, secundũ Germaniæ obseruationẽ non habeat. Cum enim vnius sanguinis iura remaneant, per virilem sexũ incorrupta: quare naturam offendimus, & legitimo iuri derogamus: cum & aliam maximam iniuriam res in se continet, plerisq. quasi vulnus intestinum incognitum. Cum enim, & ad ipsarum mulierũ successionẽ masculi iure agnationis vocantur: quis patiatur earũ quidem hæreditatẽ, ad eos legitimo iure deferri, ipsas vero, nec inuicem sibi. nec masculis eodem iure posse succedere, sed propter hoc solum puniri, quod fœminæ natæ sunt, & paterno vitio (si hoc vitium est) prolem innocentẽ grauari:* Hactenus Imperator Iustinianus. Per quem tex. ita tradit Hippoly. de Marsi. *singu. 33. incip neptis.* vbi asserit, neptem ex filio masculo, dici ex linea masculina ipsi auo, & allegat gloss. *in d. l.* 88

Gallus.§ nunc de lege, versi. nam & si plures Dd. qui hanc opin. sequuntur. Secundo aduersus Paulum mouetur Iaso. *in d. l. locus*, per argumentum ab absurdo. Constat enim ex Pauli auctoritate, huiusmodi emphyteusim non pertinere ad filiam meam existentem in primo gradu, & tamen per supradicta constat eandem pertinere ad neptem ex masculo. Quod est contra text. *in l. Si viua matre. C. de bon. mat.* vbi Imperator asserit nepotem, vel neptē non posse esse melioris conditionis, quam sit filius, vel filia existentes in primo gradu. Etenim, si hoc casu admittamus neptem, quia procedit a sexu virili, eadem certe ratione filia a sexu virili, id est, patre masculo procedens, admittenda est. Vel etiam fateri oportet, eodem argumento, quo filia excluditur, neptem submouendam esse: quæ cum sit fœmina, principium est, & caput fœminei sexus. Quamobrem ne emphyteusis, vel Maioratus in fœmineum sexum, cuius est neptis descendens, contra mentem concedentis transeat, vtique in ea idem respondendum est, ne diuerso iure iudicentur caussans, & caussatum, principians, & principiatum, caput, & membra, contra notata *in c. cum non deceat, de Maior. & obedien.* Rursus hæc consideratio magis stringit, si animaduertas Paulum, & sequaces, eleganter persentire filiam acquirentis exclusam esse, ne per indirectum eius descendentes admittantur, contra expressam voluntatem concedentis, qui *pro descendentibus per virilem sexū dumtaxat* concessit. Cuius qualitatis non esse natos ex filia clari iuris est. Et est singulare dictum Ioannis And. post Richard. *in additio. ad Speculatorem super rubr. de testam. in 4. sequuntur Mathesil. sing. 131. Nota vnum.* vbi inquit appellatione liberorum masculorum, non contineri nepotes masculos ex filia viuente, vel mortua descendētes. Quare si testator instituit fratrem suum hæredem, & *si decessisset absq; liberis masculis*, substituit Titium frater q; decesserit, superstite nepote masculo ex fœmina ab eo descendente, viua, vel mortua, substitutus admittetur, excluso nepote, quoniam si filia, quæ est gradu proximior, substitutum non excludit, multo minus nepos ex filia, qui remotior, & minus dilectus est a testatore. Quæ sane consideratio efficax est pro sentētia Pauli aduersus filiam ne audiri possit, & aduersus Baldum, & communem *in d. § nunc de lege*, quatenus admittit neptem ex masculo ad concessionem factam *pro descendentibus per virilem sexum*.

89 Verum † est enim eo ipso, filiam, vel neptem semel admissam ad huiusmodi successionem, perpetuo manere inclusam, ceterosq; agnatos perpetuo esse exclusos, *ex his, quæ tradit Palatius in rubr. 69. ante nu. 33. & nu. 36.* & fuit sententia Baldi *in c. 1. de filiis natis ex matrimon. contracto ad morganati. tradit Monferracus, de regni success. nu. 33. Paris. lib. 4. consi. 16. nu. 5. Tiraq. in l. Si vnquam, verbo, susceperit liberos, nu. 157. C. de reuoc. donatio. Perez in legib. Ordinamenti col. 230. & Mencha. de success. creatio. § 27. num. 9. & seq.* vbi hac in re probat sufficere exclusionem per momentum contigisse, ex quibus cauendum videtur a Parisio *consi. 35. nu. 14. & 29. vol. 3.*

90 Quamobrem, † quia semel exclusi perpetuo manēt exclusi, mortuo possessore Maioriæ admittitur. & succedit ille proximior. *vt scripsit Isernia in c. 1. de eo, qui sibi, & suis hæredibus* inducens ad hoc tex. *in c. 1. de natu success. feud.* concordat, post alios, Rubeus *consi. 30. nu. 4. & consil. 36. nu. 7. & Tiraq. lib. de primogen. q. 10. nu. 21.* Et in fideicommissis hanc sentētiam probat cum Ruino Thobias Nonius *cons. 36. nu. 7. in fi.* & apud nos Nouella pragmatica sanctio *13. tit. 1. Part. 6.* qua constitutū est in Maioratus successione proximiorem vltimi possessoris præferēdum fore. Quæ sententia de iure communi receptior erat, *ex Socino in l. Si cognatis ff. de rebus dubiis, col. fin. & cons. 49. lib. 1. & Gozad. cons. 4.* communem asserente. *& Alciato in l. Pronunciatio, nu. 17. ff. de verb. sign. sequitur Socin. iun. cons. 126. nu. 42. lib. 1. videndus a nu. 3. Rubeus cons. 39. n. 6. & cons. 82. n. 2. & cons. 85. n. 3. & cons. 93. nu. 1. & Valascus, de iure emph. q. 50. nu. 34. & Mencha. de successi. progress. § 26. nu. 11. Molina de primoge. Hispan. lib. 1. c. 6. nu. 47. & lib. 3. c. 9. per tot.* vbi in vtramq; partē disputat. Etsi non desint plurimi, qui contrariam sentētiam tueantur, vt ex iisdem auctoribus constat, & ex Thobia *cons. 1. nu. 44. cum seq.* vbi in feudi successione, cum l. Regia residet, & Pelaez nouissime *in sing. tract. de Maioratu, lib. 2. q. 1. nu. 33.* quorum disceptatio per legem Regiā apud nos sopita est, ac extincta. Ex quibus ne descendentes a filia, aut nepte contra concedentis voluntatem admittantur, vtiq; cum Paulo resoluēdum est, *illam omnino* esse exclusam, atq; etiam neptem *ex masculo*, contra Baldum, & alios *in d. §. nunc de lege. l. Gallus.* Quorum opinione retēta, quemadmodū censuit Iaso & sequaces arbitrati sunt, vtiq; probari Pauli opinio neutiquam potest, quoniam vt vides altera alteram necessario euertit, ac confundit.

Ceterum † Iaso *in dictis locis*, maxime *in l. 2. C. de iure emphyt. nu. 148.* conatus respondere Paulo, inquit, eum perperam, & incaute loquutum fuisse, quatenus principium lineæ filiam esse credidit. Quoniam linea (vt ait) a patre incipit, qui primū gradū constituit, ac efficit. *l. Stemmata. ff. de gradib. §. 1. instit. eod. tit. Burgensis, consi. 29. num. 29.* Quæ profecto resolutio minime placet. Quoniam Paulus non negat primum gradum cognationis, & agnationis parentes constituere, id enim ait, dum subdit filiam esse caput, & principium lineæ fœmineæ, quod Iureconsultus docuit *in l. Pronunciatio. 193. ff. de verborum signif.* ibi, *Mulier autem familiæ suæ caput, & finis est.* Quare attentius Iasone loquutus mihi visus est Paulus, quod & Iaso sibi contrarius agnouit, *in d. §. nunc de lege. num. 15. l. Gallus.* Secundo inquit Iaso non considerate arguere Paulum de exclusione descendentium ex filia, ad remotionem ipsius filiæ, sumpto argumento affirmatiue, quod de minore ad maius procedit, *vt in authen. multo magis. C. de sacrosanct. eccles.* negatiue non concludit. Quare quamuis nepotes ex filia excludantur, non proinde sequitur, filiam fore excludendam, quod ex *l. 1. ff. de iure immunita. in fin. Pinellus in d. l. 3. C. de bonis mat. post num. 29.* comprobat, quatenus ibi a iure immunitatis, excluduntur nepotes ex filia, ipsa tamen inclusa. Quod maxime inquit Iaso. in his terminis procedit, in quibus datur diuersa ratio, inter filiam, eiusque descendentes. Hi enim excluduntur, quia sunt de linea fœminea, illa vero includitur, quia est de linea masculina. Quæ qualitas cessat in descendentibus ex ea, ideo merito possunt excludi. *tradit Parisius lib. 3. consi. 47. num. 68.* vbi resoluit filiam admittendam fore, quamdiu viuit, quod comprobatur

ex Lap-

ex Lappo, de quo ibi, *num. 62.* resoluente monachum excludere fœminam dum viuit. Quod etiam minime satisfacit, quoniam successio (de qua
38 agimus) simulac pertinet ad vnam lineam, ab illa non recedit, neque amouetur, sed magis per eam, ceteris omnibus perpetuo exclusis in infinitum propagatur. Quare, ne absurdum resultet, vt semel exclusus iterum admittatur, & linea semel admissa, prætermittatur, inquit Paulus rectius esse, negare filiæ successionem, quam illi concessam, suis descendentibus auferre in eo maxime casu, in quo *pro virili sexu* facta concessio, fœminæ conuenire non videtur. Ex quo iam cessat argumentum *l. 1. ff. de iure immunit.* vbi fuit immunitas concessa *pro liberis*, quorum appellatione veniunt fœminæ. *l. Liberorum. ff. de verborum significat.* quare includi filiam etiam nuptam, necesse fuit, atque etiam, vt nepotes includerentur, nisi materia subiecta aliud postularet, ne graue Reipublicæ præiudicium, & iactura inferatur. Vt interim omittamus, negari posse ex ea lege desumendum fore argumentum a contrario sensu, per quod ibi; & non directo includitur fœmina filia, nepotum mater.

Ex quibus profecto, vt decet, perpensis, palam constat veriorem esse Pauli sententiam *in d. l. Maritus. C. de procurator.* eamq; magis tenendam, in materia successionis maioratus: ac proinde etiam contra Baldum *in d. l. Gallus. §. nunc de lege,* resoluendum esse, neptem ex masculo ad emphyteusim adspirare non posse, quia cum sit sexus fœminei principium, exclusa videtur per supradicta. Quibus non obstat glossa fin. *d. l. Gallus. §. nunc de lege,* quatenus firmat *instituto omni virili sexu* dici institutam neptem ex filio, quasi descendentem per eum sexum, quoniam illa materia fauorabilis est, propter institutionis, & testamenti fauorem, in qua non repugnat defuncti voluntas, & intentio, quemadmodum in casu prædicto repugnare ostendimus.

92 Ex † quo iam infertur ad casum, in quo Alexa. *in d. §. nunc de lege*, asserit se nuper consuluisse, contra plures aliud existimátes. Inquit enim, testatorem filios suos masculos hæredes instituisse, ac ita subdidisse, *Volo quod hæreditas mea semper progrediatur de vno in alium descendentem per lineam masculinam:* Mortem obiit, vnus ex filiis, vnica tantum filia relicta superstite. Inter hanc, & patruos exorta est ingẽs quæstio. Consuluit Alex. pro filia. argu. glossæ ibi, Baldi, & aliorum sententiæ, quos supra retulimus tenuisse, emphyteusim ad filiam pertinere, tanquam per lineam masculinam descendentem. Sed contrarium ibi probat Socin. *nu. 2.* eo potissimum fundamento, quia glossa illa solum probat, fœminam ex masculo esse virilis sexus: Quod non concludit in casu consultationis Alexandri. Aliud est enim, quem esse de sexu virili: aliud vero descendentem per lineam masculinam. Oportet enim huius lineæ descendentem esse caput in linea: aliter illius lineæ descendens dici non potest, *vt tradit Parisius, lib. 2. consil. 40. num. 42.* Quamobrem cum filia sit extra lineam masculinam, quia caput est fœmina, *vt supra diximus*, necessario cõtra Alexandrum, in casu, in quo consuluit, tenendũ est. Quare Iaso. *ibidem, nu. 15.* ab Alexandro recedit, ex auctoritate Pauli *in d. l. Si maritus, num. 4. C. de procurator.* resoluentis contra filiam, ex iuribus, & rationibus supra adductis: idque verius est, magisq; obseruãdum, quamuis Iaso. dicat, Alexandri sententiam, locum obtinere posse, quando fœmina non est filia defuncti, sed magis neptis: non aduertens, rationes, quæ expellunt filiam, conuincere etiam neptem, imo, & multo magis vrgere, ne neptis melioris sit conditionis, quam filia, cõtra *l. Si viua matre, C. de bonis mater.* Quo argumento Iaso, nixus est in locis prædictis, Pauli sententiam inuoluere, cuius rei immemor factus, non multo interiecto spacio palinodiam recantat, sibique contrarius est. In alio etiam secum pugnat. Nam *in d. l. 2. C. de iure emphyt.* contra Paulum obseruauit, filiam non esse principium cognationis fœmineæ, sed magis eius patrem. At *in d. §. nunc de lege,* vt possit Alexandri sententiam ab aliorum impugnatione tueri, *num. 15. in fin.* comprobat. Quæ omnia diligenter attende, quia subtilia sunt, & maxime necessaria.

PERORATIO.

Sed iam finem dicendi faciamus. Claudamus igitur iam riuos, sat prata biberunt. Accipe igitur Lector candide, læto vultu, has nostras lucubrationes pluribus annis, tam ex aduocatione forensi, quam longo rerum vsu, & exercitatione ciuili (vt arbitror) non infœliciter congestas: quas diu supprimere noluimus, ne publicam studiosorum vtilitatem retardaremus, communeque Reipub. bonum frandaremus. Si hæc fructuosa esse, & ciuilis philosophiæ Candidatis placuisse intellexero, & Catholica Maiestas, in cuius obsequium iam omnes nostras cogitationes, & studia contulimus, nostra iuuerit studia, industriamq; aluerit, breui, Deo propitio, tertiam partem *de potestate nominando ad emphyteusim, tam ex contractu, quam vltima voluntate, & de nominationis reuocatione.* Quartam etiam *de interitu, extinctione, & resolutione emphyteusis:* postremam denique *de emphyteusis acquisitione,* quas summis vigiliis, & sudoribus, non inanis gloriæ, sed communis vtilitatis studio flagrantes, elucubrauimus, in lucem emittemus: Quibus non mancam, non mutilam, non imperfectam, vt quidam neoterici, qui vno partu viribus exhausti, veluti cantherius ante ostium impegerunt, sed vniuersam, absolutamque iuris emphyteutici tractationem, vt nihil addi, aut desiderari possit, cõplectemur. Quod accuratius perficiemus, dummodo studiosi, & candidi pectoris homines nobis gratulentur, suscepti laboris gloriam, & obtrectatorum virus afflantium linguæ, nostri nominis existimatione perculsæ conquiescant, & desinant, nos mordere inuidi, & sensim fœliciter gliscentibus studiis nostris, rictu canino oblatrare desistant, & laudi pullulanti obstrepere, quo hominem in stadio virtutis currentem, & sibi nihil laudis vindicantem præter animum iuuandæ publicæ vtilitatis studio, nihil vigiliarum recusantem sistant, & veluti remoram iniicientes detineant. Mirantur, exclamant, sugillant, subsannant quidam bonarum literarum hostes acerrimi, ocio, & ignauia desides, omnibus Musis, & Gratiis iratis nati, me in summa negociorũ forensium, & criminalium caussarũ perturbatione in-

tra quadriennii ſpacium, tres libros iuſti voluminis, quibus extergendis, ac collimandis, maius ocium, atque animi tranquillitas requirebatur, feſtinato edidiſſe. Sed mirabuntur ii, qui potius genio, quam optimis ſtudiis indulgent, quique exactæ vitæ noſtræ, atque ſtudiorum rationem ignorant: qui inquam neſciunt, quantis bonarum artium, & politioris literaturæ præſidiis, quæ viam latiſſimam ad reliqnas diſciplinas ſternere, ac munire ſolent, inſtructus ad iuriſprudentiæ profeſſionem acceſſerim. Sed nihil me moratur horum inuidia, nihil me deterrent detractorum linguæ, quas nec viri, & literis, & ſanctimonia celebres, tam noſtris, quam priſtinis temporibus vnquam effugere potuerunt. Sed quoniam querimoniæ locus non eſt, nec me dignitas mea amarulentius, aut acerbiore ſtylo in eos inuehi, aut liberius debacchari patitur, ſuſpendamus calamum, ſperantes, vt ipſi aliquando a ſuo errore & imperitia reſipiſcant. Sin minus, ſatis illis graue ſupplicium eſt, aliena laude contabeſcere. Quod ſi homini de optimis ſtudiis bene merito, cuius opera tantopere iuriſprudentiæ ſtudia indies gliſcere intuentur, detrahere meritorum laudem adeo glorioſum putant, congrediantur ipſi nobiſcum, & ſi placet, nobis leonis detrahant exuuium, & fortaſſe re ipſa experientur, nobis adhuc vberiores ingenii partus ſupereſſe, longeque digniora, ac multo præſtantiora, quam quæ hactenus euulgauimus; quibus poſtremam iam manum impoſuimus, breui in lucem exitura, editionemque geſtientia comperient.

Quicquid vero in his Commentariis à nobis dictum, ſcriptumue eſt, id totum cenſuræ ſanctæ Matris Eccleſiæ ſubiicimus; quam ſi quicquam offenderit, nec dictum, nec ſcriptum eſto.

Deo immortali laus, honor, & gloria.